

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

**OS DILEMAS DO ESTADO EM REDE NA ERA DA INFORMAÇÃO: ARTICULAÇÕES
ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE INFORMÁTICA**

CURITIBA

2017

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

**OS DILEMAS DO ESTADO EM REDE NA ERA DA INFORMAÇÃO: ARTICULAÇÕES
ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE INFORMÁTICA**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA

2017

C172d

Câmara, Edna Torres Felício

Os dilemas do estado em rede na era da informação:
articulações entre o direito ao desenvolvimento e a
liberdade informática / Edna Torres Felício Câmara;
orientador: Cesar Antonio Serbena. – Curitiba, 2017.
281 p.

Bibliografia: p. 171-180.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação
em Direito. Curitiba, 2017.

1. Internet. 2. Tecnologia da informação. 3. Informática.
4. Direito. I. Serbena, Cesar Antonio. II. Título.

CDU 004.738

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas

TERMO DE APROVAÇÃO

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

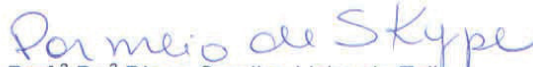
OS DILEMAS DO ESTADO EM REDE NA ERA DA INFORMAÇÃO: ARTICULAÇÕES
ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE INFORMÁTICA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em
Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

Universidade Federal do Paraná – UFPR


Prof.^a Dr.^a Diana Carolina Valencia Tello

Universidad del Rosario – Colômbia


Prof.^a Dr.^a Rosane Leal da Silva

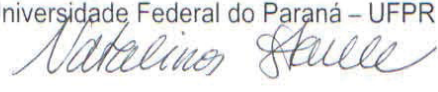
Universidade Federal de Santa Maria – UFSM


Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri

Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof.^a Dr.^a Natalina Stamile

Universidade Federal do Paraná – UFPR



Curitiba, 25 de setembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Aos desafios da vida e à beleza e inspiração da impermanência.

As minhas filhas, Cristiane e Cibele, as mais perenes na impermanência.

Ao meu pai, Francisco, aos meus irmãos e a minha irmã, Edilene, por tanto afeto.

Aos amigos, que nos conectam ao mundo, representados aqui por Karla Pinhel.

Aos colegas de caminhada desde a graduação até o doutorado, que aliviam a solidão do conhecimento, representados todos aqui por Karen Naldony, Melanie Merlin e Natalina Stamile.

Aos servidores da UFPR, que tanto facilitam nosso caminho, na pessoa de Vanessa Sayuri Umehara.

Aos que foram meus professores e aos colegas de docência pela generosidade do compartilhar conhecimento, representados aqui respectivamente por Diana Tello, Mariel Muraro e Michelle Cabrera.

Aos meus alunos, que tanto me ensinam e me inspiram. Aos meus orientadores pela dedicação: do meu trabalho de final de curso, Vera Karam de Chueiri, e da dissertação e desta tese, Cesar Antonio Serbena.

À Universidade Federal do Paraná. À Curitiba. Em especial, às mulheres para as quais foi (e ainda é) negado o direito de estudar, representadas aqui por minha mãe, Edite.

À igualdade.

Nós "intersomos". Nós estamos o tempo todo inter-relacionados. Não só entre nós seres humanos, mas entre tudo o que existe, toda a vida da terra. Tudo o que existe. Toda a vida do universo. Cada planeta, cada estrela, cada cometa têm a ver conosco.

Monja Coen

RESUMO

Na sociedade em rede, a relação entre comunicação e poder perpassa a sociedade, o direito, o Estado e todos os campos da vida. Isso é possível, na Era Informacional, pelo desenvolvimento das novas tecnologias, em especial, de comunicações. Apesar de inegáveis contribuições ao bem-estar da humanidade, a utilização dessas novas tecnologias pode trazer ameaças a direitos. Nesse contexto, dilemas têm-se colocado ao Estado especialmente no que tange a (des)regulação de temas relacionados à tecnologia no mundo globalizado. A fim de garantir direitos fundamentais, não somente por parte do Estado, mas também por parte de corporações privadas (que estariam colonizando a internet), examinam-se, neste trabalho, a compatibilidade e a viabilidade da leitura integrada do direito ao desenvolvimento e da liberdade informática na sociedade em rede. A partir do método interpretativo transversal das ciências humanas, com a análise de fontes de informação (revisão bibliográfica) de várias disciplinas, conclui-se que a leitura proposta é premente uma vez que comunicação é poder, e a informação é o grande valor econômico da Era Informacional (portanto de interesse do Estado e dos grandes conglomerados privados). Ademais, o desenvolvimento com vistas apenas à eficiência não pode ser tratado como fim em si mesmo porquanto, a partir da leitura proposta, deve estar atrelado ao incremento das melhorias de condições de vida dos seres humanos numa perspectiva de solidariedade inerente aos direitos fundamentais de terceira dimensão. Ao final do trabalho, comprovando a atualidade e complexidade do tema, e com o objetivo de desvelar os dilemas enfrentados pela sociedade e pelo Estado em relação a determinadas facetas das novas tecnologias, utilizando o método de análise de conteúdo, analisam-se os principais argumentos utilizados pelos expositores em audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal, em 2017, cuja temática foi a (im)possibilidade de bloqueio judicial de aplicativos de mensagens à luz do Marco Civil da Internet (ADI 5527 e ADPF 403).

Palavras-chave: Sociedade em rede. Novas tecnologias. Direito ao desenvolvimento. Audiência Pública sobre aplicativos de mensagens instantâneas (ADI 5527 e ADPF 403).

ABSTRACT

In the network society, the relationship between communication and power permeates society, the law, the state and all fields of life. In the Information Age this is possible due the development of new technologies, especially communication. Despite undeniable contributions to humanity's well-being, the use of these new technologies can bring serious threats to the Law. In this context, dilemmas related to technology have been placed on the State, especially regarding the (un)regulation of the theme in the globalized world. In order to consolidate guarantees for possible aggressions perpetrated on rights not only by the State, but also by private companies which develop highly complex systems for the management, storage and sharing of information, the compatibility and viability of integrated reading of the right to development and of computer freedom are examined. From the transversal interpretive method of the human sciences, with the analysis of information sources (bibliographical review) of several disciplines, it is concluded that the proposed reading is urgent since communication is power, and information is the great economic value of Informational Era (therefore of interest to the State and large private conglomerates). In addition, development aiming at efficiency alone cannot be treated as an end in itself because, based on the proposed reading, it must be linked to the improvement of the living conditions of human beings in a perspective of solidarity inherent in fundamental rights of the third dimension. At the end of the work, after proven the current relevance and complexity of the theme, with the objective of revealing the dilemmas faced by society and the State in relation to certain facets of the new technologies, the main arguments used by the exhibitors at the Public Hearing that took place in the Federal Supreme Court in 2017 are analyzed using the method of content analysis. This public hearing theme was the possibility of judicial blocking of messaging applications in the light of the Marco Civil da Internet (ADI 5527 and ADPF 403).

Keywords: Network society. New technologies. Right to development. Public Hearing about instant messaging applications (ADI 5527 and ADPF 403).

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - UTILITARISMO: DISTRIBUIÇÃO DAS UTILIDADES	100
QUADRO 2 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS OU ASSOCIAÇÕES DE SERVIDORES.....	157
QUADRO 3 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: UNIVERSIDADES E FACULDADES (INCLUSIVE PESSOAS OU ÓRGÃOS LIGADOS ÀS INSTITUIÇÕES ACADÊMICAS)	158
QUADRO 4 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: EMPRESAS E ASSOCIAÇÕES PRIVADAS NÃO LIGADAS A UNIVERSIDADES OU FACULDADES.....	160

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A ERA INFORMACIONAL E O VALOR DA INFORMAÇÃO: REDES, GLOBALIZAÇÃO E COMUNICAÇÃO.....	14
2.1	GLOBALIZAÇÃO E REDES: OS NOVOS CONTORNOS DA SOCIEDADE E DO ESTADO	15
2.1.1	Globalização e novas tecnologias: a ampliação da organização em rede.....	15
2.1.2	Redes, Estado e sociedade: novos contornos e desafios.	19
2.2	INFORMACIONALISMO, CULTURA E COMUNICAÇÃO: O VALOR DA INFORMAÇÃO	26
2.2.1	Comunicação e cultura: essencialidade da informação.....	26
2.2.2	Redes de associações e tomadas de decisões: a mente humana	39
3	INFORMAÇÃO E ESFERA PÚBLICA: O PODER DA COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE	47
3.1	PODER E ESFERA PÚBLICA: VALORES E (RE)PROGRAMAÇÃO DAS REDES	48
3.1.1	Programação das redes e construção de valores na esfera pública: a compatibilidade da teoria reticular e a teoria da ação comunicativa.....	48
3.1.2	O poder na sociedade em rede e a informação: cooperação ou competição	59
3.2	DEMOCRACIA E NOVAS TECNOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO: A FORMAÇÃO DA VONTADE POLÍTICA NA ERA INFORMACIONAL	66
3.2.1	O valor da informação para a política midiática.....	66
3.2.2	Teledemocracia forte e teledemocracia débil: os caminhos da democracia pela rede	70
4	GESTÃO DA INFORMAÇÃO E GOVERNANÇA ESTATAL: CONEXÕES DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COM A LIBERDADE INFORMÁTICA.....	76
4.1	O ESTADO EM REDE E GOVERNANÇA: O GOVERNO ELETRÔNICO, A JUSTIÇA ELETRÔNICA E A INSUFICIÊNCIA DA EFICIÊNCIA COMO FIM	77
4.1.1	A soberania na sociedade em rede: os desafios do Estado	77

4.1.2	Governança estatal e novas tecnolpogias: a insuficiência do princípio da eficiência como fim	87
4.2	DIREITOS HUMANOS NA ERA INFORMACIONAL: AS CONEXÕES ENTRE GOVERNANÇA, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE INFORMÁTICA.....	97
4.2.1	A teoria reticular e o direito ao desenvolvimento: para além do princípio da eficiência	97
4.2.2	Liberdade informática: os limites da intervenção do Estado na esfera privada.....	114
5	GOVERNANÇA DA INTERNET: O DILEMA DO CONTROLE DAS INFORMAÇÕES NO ESPAÇO DE FLUXOS	123
5.1	(DES)REGULAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS: DILEMA ENTRE LIBERDADE INFORMÁTICA, CONTROLE ESTATAL E CONTROLE PELO CAPITAL	124
5.1.1	Os dilemas da regulação no mundo: o sonho de um espaço de autorregulação.....	124
5.1.2	Regulação e a perda da inocência da internet: a tensão entre interesses estatais e empresarias na gestão da rede.....	131
5.2	O CONSELHO GESTOR DA INTERNET NO BRASIL E O MARCO CIVIL DA INTERNET: O DECÁLOGO DO CGI.br E OS PRINCÍPIOS NO MARCO CIVIL	138
5.2.1	O Decálogo do CGI.br: os limites para regulação.....	138
5.2.2	Os princípios do Marco Civil da Internet: especificidades.....	143
5.3	AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS (ADI 5527 E ADPF 403): OS ARGUMENTOS DA SOCIEDADE CIVIL E DOS AGENTES DO ESTADO E OS DESAFIOS À JURISDIÇÃO E À GOVERNANÇA.	152
5.3.1	ADI 5527 e ADPF 403: colocação do problema	152
5.3.2	Argumentos dos expositores na audiência pública sobre bloqueio de aplicativos de mensagens e Marco Civil da Internet.....	155
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
	REFERÊNCIAS.....	170

APÊNDICE - NOTAS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DO WHATSAPP E	
MARCO CIVIL DA INTERNET (ADI 5527 E ADPF 403)	180
ANEXO 1 - NOTÍCIAS STF	267
ANEXO 2 - DECISÃO DE CONVOCAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA	269
ANEXO 3 - NOTÍCIAS STF	277

1 INTRODUÇÃO

Em breve relato de sua juventude, o sociólogo Castells narra que, aos dezoito anos, como forma de resistência ao fascismo, chegou a deixar panfletos (impressos em antigos mimeógrafos) nas poltronas de alguns cinemas de sua cidade natal. Esperava que, ao fim da sessão, com as luzes acesas, os expectadores notassem os panfletos e tivessem acesso a ideias contrárias à ditadura fascista espanhola. No entanto, complementa, não sabia, à época, que os esforços seus e de alguns amigos seriam em vão. Anos mais tarde compreenderia que a eficácia daquelas mensagens dependeria da disposição do receptor em recebê-las, bem como do nível de confiança que esse mesmo receptor depositaria no emissor.

Em 2013, Edward Snowden revelou que programas de vigilância eram manejados pelos Estados Unidos (a partir das práticas da *National Security Agency* – NSA) a fim de obter informações confidenciais tanto dentro como fora daquele país (organizações brasileiras como a Petrobras e a Presidência da República foram alvos do governo estadunidense). A resposta a essas práticas foi a recuperação de um projeto de lei pendente de análise há cerca de dois anos na Câmara dos Deputados: esse projeto de lei regulava o Marco Civil da Internet.

Em 2015, o aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp foi bloqueado em todo o Brasil. Esse bloqueio teve reflexo nas atividades sociais, econômicas e profissionais de milhares de pessoas. A empresa foi sancionada porque não cumpriu ordens judiciais relativas à disponibilização de conteúdo de mensagens. O bloqueio do aplicativo aconteceu com base no Marco Civil da Internet com vistas à preservação da soberania do Estado e da autoridade do Judiciário brasileiro, especialmente no que tange a atividade investigatória do Estado.

Em 2016, a palavra *post-truth* foi eleita como a palavra do ano pela Universidade de Oxford, responsável pelo dicionário de mesmo nome. Pós-verdade seria a palavra que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos possibilidade de moldar a opinião pública do que apelos à emoção e crenças pessoais.

Todos esses fatos têm relevância para o objeto de estudo deste trabalho, sendo comum entre eles a importância e o valor da informação.

No exame do objeto desta pesquisa (os dilemas do Estado relativos à informação na sociedade em rede), quatro grandes temas emergiram: a importância e o valor da informação e da comunicação na sociedade em rede e na Era Informacional; a

possibilidade de superação do ideal de eficiência como um fim em si mesmo na Era Informacional, a partir da articulação entre direito informático e direito ao desenvolvimento como liberdade; os novos desafios à governança estatal na Era Informacional e o respeito à privacidade dos cidadãos; os princípios que devem reger a governança da internet. Essas questões podem ser resumidas no seguinte problema: a informação, valor central na sociedade em rede, coloca novas questões para o Estado em relação à política, à regulação do espaço virtual, à soberania e à governança (do Estado e da internet).

Os cinco capítulos deste trabalho enfrentarão o tema proposto a partir do método interpretativo transversal das ciências humanas com a análise de fontes de informação (revisão bibliográfica) de várias disciplinas. Na terceira parte do último capítulo, utiliza-se o método de análise de conteúdo dos argumentos utilizados pelos expositores em audiência pública no Supremo Tribunal Federal.

Partindo das considerações de Manuel Castells, este trabalho aceita a premissa de que para compreensão das instituições sociais na sociedade em rede é fundamental a análise dos processos de comunicação. Essa análise será feita a partir da conexão entre comunicação e democracia a fim de localizar o papel da informação nesse contexto (capítulo 2).

A contemporânea revolução informacional e seus reflexos em todas as esferas da vida, mas, em especial, na esfera pública, são variáveis essenciais para o estudo das relações de poder que conformam a sociedade em rede. Essas relações de poder são engendradas pela articulação discursiva na esfera pública. Compreender essa articulação permite revelar os interesses que se articulam na gestão da informação (capítulo 3).

As novas tecnologias trazem riscos. Dentre eles, a possibilidade de que o Estado invada espaços protegidos pela privacidade. A fim de consolidar garantias a eventuais agressões perpetradas a direitos por parte do Estado, examinam-se a compatibilidade e a viabilidade da leitura integrada do direito ao desenvolvimento e da liberdade informática quando se trata de assuntos de governança tanto estatal (capítulo 4) quanto da governança da internet.

Ao final do trabalho (capítulo 5), são apresentadas reflexões sobre a governança da internet, bem como esclarecimento sobre em que medida esse espaço carece de regulação.

Comprovando a atualidade e complexidade do tema e com o objetivo de desvelar os dilemas enfrentados pela sociedade e pelo Estado em relação a determinadas facetas das novas tecnologias, utilizando o método de análise de conteúdo, na terceira parte do último capítulo, são analisados os principais argumentos utilizados pelos expositores em audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal, em 2017, cuja temática foi a possibilidade de bloqueio judicial de aplicativos de mensagens à luz do Marco Civil da Internet (ADI 5527 e ADPF 403).

À luz desses aportes, espera-se comprovar a seguinte hipótese: considerando as redes como padrões de organização social nas quais interagem (comunicam-se entre si) pessoas e instituições; considerando que redes e ferramentas que viabilizam a comunicação não se confundem e que nenhuma delas é neutra; considerando que, na Era Informacional, as ferramentas tecnológicas incrementaram a estrutura reticular, que passou a atravessar todos os campos da vida, inclusive o do direito; considerando que redes são espaços de fluxos de comunicação que têm por características a imprevisibilidade e a flexibilidade e desafiam o controle por parte do Estado; considerando que existe relação entre dominação e comunicação (portanto, comunicação é poder); considerando que a Era Informacional viabilizou o desenvolvimento de mecanismos de governança para a administração pública, que podem se tornar instrumentos de controle social; considerando que a autogestão da internet se vê desafiada pela colonização da rede por interesses econômicos e por interesses estatais, *afirmar-se que, na Era Informacional, a informação é o valor central. Por isso, Estados e empresas privadas têm interesse no manejo, armazenamento e compartilhamento de informações. Nesse quadro, é possível evitar potenciais agressões a direitos fundamentais mascaradas pelo incremento da eficiência com finalidade em si mesma. Para tanto, propõe-se a leitura integrada do direito ao desenvolvimento como liberdade e da liberdade informática como balizas para a gestão da informação no que se relaciona à governança estatal e à governança da internet.*

Nesse contexto, desafios se apresentam quanto à reformulação da atividade do operador jurídico em geral, especialmente quanto à regulação dos espaços de fluxo, quanto ao manejo, à organização, à recuperação e à análise dos dados inseridos nos diversos sistemas que operam a rede e quanto à utilização desse potencial como suporte à garantia de direitos no Estado democrático (como devido processo legal, transparência, eficiência, isonomia, contraditório e publicidade).

2 A ERA INFORMACIONAL E O VALOR DA INFORMAÇÃO: REDES, GLOBALIZAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Neste capítulo será abordada a relação entre a sociedade em rede, a globalização, o informacionalismo e a comunicação a fim de apresentar o contexto no qual um dos problemas enfrentados neste trabalho (a importância e valor da informação na Era Informacional) se desenvolve.

Esse capítulo se divide em duas partes. Na primeira delas (2.1) serão expostos os paradoxos da globalização em especial na relação entre o local e o global. Depois, o conceito de rede como padrão de organização será examinado. Chega-se à conclusão de que fatores econômicos, políticos e culturais atuaram sobre o processo de globalização (sociedade em rede global); todavia, a atuação desses fatores no impulso da globalização contemporânea somente foi possível pela capacidade de conexão proporcionada pelas novas tecnologias que afetam todas as atividades da vida humana (assinala-se, por exemplo, a importância da criação da empresa em rede).

Na segunda parte (2.2), serão articulados os elementos essenciais para a construção de valores a partir dos quais as redes são programadas: a cultura e a comunicação, em meio a um novo modo de desenvolvimento no interior do capitalismo, o informacionalismo. Nesse novo modo de desenvolvimento, a fonte de produtividade se apoia na informação e conhecimento. Nesse novo contexto, a comunicação simbólica entre os seres humanos gera culturas que são formas de construção coletiva do conjunto de valores e crenças que orientam e motivam o comportamento das pessoas. Na multiplicidade cultural, choques ocorrem especialmente quando se trata da tensão entre local e global, portanto, novos protocolos comunicacionais entre as diversas redes globais e locais devem ser desenvolvidos. Para evitar que o fluxo de informações e a eficiência esperada das novas tecnologias se tornem um fim em si mesmos, será apresentada uma teoria da comunicação que leva em conta aspectos democráticos. As teorizações de Dominique Wolton têm por mérito vincularem a comunicação à política e emancipação, mas, ao mesmo tempo, apontarem as contradições da comunicação em uma sociedade na qual a informação é valor central (mas não o mais importante e nem o único).

2.1 GLOBALIZAÇÃO E REDES: OS NOVOS CONTORNOS DA SOCIEDADE E DO ESTADO

2.1.1 Globalização e novas tecnologias: a ampliação da organização em rede

Contemporaneamente, é insuficiente afirmar que o globo é somente uma figura astronômica, como se pensava no início do período moderno. Na verdade, a ideia de sociedade global designa um território no qual todos os indivíduos e todas as coisas estão relacionados e atrelados e são, ao mesmo tempo, diferenciados e antagônicos. Por isso, a sociedade internacional não é mais exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais e Estados-nações individualizados, e o centro do mundo não é mais o indivíduo transcendental desmistificado após as grandes rupturas epistemológicas modernas: a terra não é mais o centro do universo (Copérnico); o homem não é mais o filho de Deus (Darwin); o indivíduo é um labirinto povoado pelo inconsciente (Freud).¹ Portanto, novas teorias são necessárias para explicar a nova conformação da sociedade mundial: a globalização.

Dentre outras, algumas abordagens podem ser destacadas²: Anthony Giddens³ identifica a globalização como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes; David Held⁴ afirma a dimensão global das atividades nos âmbitos político, econômico e social bem como a intensificação das interações dentro e entre os Estados e sociedades; Ulrich Beck⁵ destaca que a singularidade no processo de globalização é a densidade das relações regionais-globais empiricamente comprováveis.

Outra linha teórica para o exame do fenômeno da globalização é a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁶, que tem por pressuposto a afirmação de que os

¹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.11-25.

² LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.124.

³ Dentre as obras do autor, vide, especialmente: GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

⁴ Dentre as obras do autor, vide, especialmente: HELD, David. **Models of Democracy**. 3.ed. Cambridge: Polity Press, 2006 e HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997.

⁵ Dentre as obras do autor, vide, especialmente: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

⁶ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2007. p.1-45.

sistemas são autopoieticos (os sistemas se reproduzem continuamente) a partir de uma lógica comunicacional binária que permite a comunicação entre os sistemas. Como crítica a essa teoria, Michael Reder⁷ relembra Habermas⁸, que afirma que a teoria dos sistemas não contempla as pessoas concretas bem como suas iniciativas políticas. Ademais, a teoria conta com uma uniformidade dos sistemas que parece não existir na realidade uma vez que os sistemas são marcados culturalmente.

Portanto, é possível afirmar que há grande diversidade teórica quando se examina a globalização. Embora, em geral, pareça haver ênfase no aspecto econômico do processo, os aspectos políticos, sociais, ambientais, culturais e econômicos encontram-se imbricados atestando a complexidade do fenômeno.

Octavio Ianni apresenta algumas metáforas para a globalização que podem ser úteis para a apreensão das suas principais características. Uma delas é a ideia de "aldeia global" – entendida como a "formação de uma comunidade mundial, concretizada com as realizações e as possibilidades de comunicação, informação e fabulação abertas pela eletrônica".⁹ Essa metáfora tem como apoio o pressuposto de que as mudanças sociais (inclusive a globalização) são ocasionadas pela técnica. Assim, seria plausível afirmar que, em pouco tempo, o local e o global serão articulados pelos sistemas de informação e comunicação, de maneira que, no modo de produção capitalista, além das mercadorias convencionais, o consumo da informação tornar-se-á um fim em si mesmo. Essa articulação tende a homogeneizar o consumo (e o indivíduo consumidor). Essas características serão vitais na análise da sociedade em rede que será feita adiante.

Para além do imediatamente exposto, assim como o consumidor e a informação, também a produção tem um papel fundamental na globalização, sendo bastante coerente a analogia da estrutura social com a "fábrica global": toda a economia nacional tornou-se província da economia global. O pano de fundo dessa nova fase é a deslocalização das forças produtivas, ou seja, a produção instala-se além de qualquer fronteira (fronteiras essas dissolvidas pelas novas tecnologias).¹⁰ Trata-se

⁷ REDER, Michael. **Globalización y filosofía**. Tradução de Vicente Gómez. Barcelona: Herder Editorial, 2012. p.29-35.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1. p.72-82.

⁹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.16.

¹⁰ TELLO, Diana Carolina Valencia. **Estado, sociedade e novas tecnologias**: compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI. Curitiba: Juruá, 2015.

da desterritorialização das coisas, indivíduos e ideias a partir do redimensionamento de espaços e tempos em resposta à demanda e exigências da reprodução ampliada do capital.¹¹ Logo, no âmbito da globalização,

[...] revelam-se às vezes transparentes e inexoráveis os processos de concentração e centralização do capital, articulando empresas e mercados, forças produtivas e centros decisórios, alianças estratégicas e planejamentos de corporações, tecendo províncias, nações e continentes, ilha e arquipélagos, mares e oceanos.¹²

Em sentido semelhante, Giddens¹³ afirma que da imbricação entre o modo de produção capitalista e o incremento da produção de bens e serviços surgem relações de confiança fundadas nos "sistemas peritos", sem os quais, segundo a percepção do autor, a modernidade não teria sido possível. Quando consome tecnologias, o homem torna-se independente do tempo e do espaço na proporção em que – fiduciário da razão técnico-científica – confia não em outro homem, mas num dado conjunto de conhecimentos operados por homens desconhecidos (esse é um dos fundamentos da "sociedade de risco" descrita pelo autor).

Esse processo (globalização) quer mostrar inexorável (alimentando a "ideia única" do modo de produção capitalista). Milton Santos contesta essa afirmação e analisa a globalização como fábula, como perversidade e como ela pode ser (uma outra globalização). Em apertada síntese, afirma que, apesar das fábulas que nos fazem crer que o processo da ciência e a vertigem da velocidade nos levam em direção a um futuro de eficiência e conforto, a globalização é, na verdade, um período de perversidades calcadas no desemprego crônico, na pobreza, na perda da qualidade de vida, na fome, no desabrigo, na inacessibilidade da educação e nos males espirituais (cinismo, egoísmo e corrupção).¹⁴

Dessa maneira, a globalização engendra uma evolução negativa da sociedade, especialmente, com a adesão desenfreada a comportamentos competitivos (nas esferas pessoais e estatais) sob a tirania da informação (tema central desta pesquisa), do

¹¹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.18.

¹² Ibid., p.19.

¹³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p.35.

¹⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.9-11.

poder e do dinheiro. As técnicas da informação viabilizam a "convergência dos momentos" (vivemos o mesmo momento a partir de múltiplos lugares e conhecemos o "acontecer do outro" instantaneamente). Todavia, essa realidade virtual é comandada pelos donos da velocidade e do discurso ideológico.¹⁵

Em uma crítica contundente ao capital, Santos afirma que os atores privados que possuem superioridade econômica, ignoram o interesse social e trabalham (e fazem os Estados trabalharem) apenas para a superação de crises financeiras (ignorando crises econômicas sociais, políticas e morais). Por isso, a globalização (aceita como caminho inexorável da história) abre as portas para que a situação normal da sociedade seja de crise estrutural. Nesse cenário de crise, a violência da informação monopolizada por poucos atores acaba aprofundando desigualdades e, por ser manipulada, tem por objetivo não esclarecer, mas confundir.¹⁶

Conclui Santos que a humanidade, agora desterritorializada e sob a tirania do dinheiro e da informação, necessita de ações governamentais que não amparem apenas o mercado, mas que tenham prioridade social superando um falso discurso único no qual a técnica parece quase divina. A ruptura desse modelo (com base na compaixão e solidariedade) estaria em marcha, embora não se prever quando acontecerá.¹⁷

A globalização enseja também a metáfora da nave espacial, na qual a sociedade rumo em uma viagem sem controle ao desconhecido, e o indivíduo aparece quase apático nela. Octavio Ianni afirma que depois

[...] de seus desenvolvimentos mais notáveis, através dos séculos XIX e XX, a razão iluminista parece ter alcançado seu momento negativo extremo: nega-se de modo radical, niilista, anulando toda e qualquer utopia-nostálgica. E isso atinge o paroxismo na dissolução do indivíduo como sujeito da razão e da história. [...] Aí está uma conotação surpreendente da modernidade, na época da globalização: o declínio do indivíduo.¹⁸

Conclui Ianni que, em meio à racionalidade instrumental capitalista, o indivíduo desaparece enquanto fim em si mesmo e tem dificuldade para compreender que se

¹⁵ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 10.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.14.

¹⁶ Ibid., p.19-20.

¹⁷ Ibid., p.68-83.

¹⁸ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.20-21.

acha sujeito à dissolução. A utopia da emancipação parece estar sendo punida com a globalização tecnocrática, instrumental e consumista.¹⁹

Apesar da análise contundente de Octavio Ianni, não é possível afirmar que o local foi exaustivamente subsumido pelo global e que as instâncias locais foram desmanteladas. Em vista do ideário globalizante, cresce a importância dos movimentos sociais e os indivíduos se mostram desafiados a saírem do papel de passividade e recuperarem sua identidade. Esse, dentre outros temas, foi enfrentado pelo sociólogo Manuel Castells, que refina a análise da globalização a partir do conceito de rede. Os apontamentos seguintes sobre a estrutura reticular são aproveitados, em sua maioria, da obra do autor.

2.1.2 Redes, Estado e sociedade: novos contornos e desafios.

Um dos conceitos fundamentais da teoria reticular de análise social é o de redes: redes são padrões de organização (inclusive, de organização social) e são definidas como estruturas comunicativas abertas que processam fluxos de informações que circulam por canais que conectam os seus nós. De maneira mais direta, pode-se afirmar que uma rede é um conjunto de nós interconectados (os nós são os componentes; a unidade formada pelos nós é a rede). Importa salientar que a organização em rede não se confunde com seu suporte, embora dependa dele, em alguma medida, para sua eficiência (por exemplo, aplicativos de mensagens são suportes de redes que podem se formar a partir deles).²⁰

Em determinada rede, os nós mais importantes são aqueles que absorvem e processam informações de maneira mais eficiente. Por outro lado, os nós desnecessários (que não processam informações) são eliminados. É essa dinâmica (inclusão e exclusão) que viabiliza a flexibilidade para reconfiguração das redes.

As redes se configuram e reconfiguram a partir de objetivos e regras que são assinalados por um "programa composto por códigos que incluem uma valoração do funcionamento bem como os critérios para determinar o êxito ou o fracasso" de

¹⁹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.23.

²⁰ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.45-50.

determinada rede.²¹ Esses objetivos e regras são criados pelos atores sociais ao promover seus valores e interesses na interação com outros atores sociais. Assim, cada rede representa um conjunto de interesses e valores.

Redes podem cooperar ou competir entre si:²² cooperam se tiverem protocolos de tradução e interoperabilidade que permitam sua comunicação a partir de pontos de conexão entre si; no entanto, caso não haja cooperação, a competência da rede é medida pela capacidade de superação de outras redes. Por isso, algumas vezes, redes mais capazes destroem redes ineficientes. A eliminação de redes menos eficientes tem início quando uma rede consegue alterar outra com a qual compete interferindo em seus protocolos de comunicação. A lógica de operação das redes é a seguinte:

As redes operam com uma lógica binária: inclusão e exclusão. Dentro da rede, a distância entre os nós tende a zero quando os nós estão conectados diretamente entre si. Entre os nós das redes e os do exterior a distância é infinita, já que não existe acesso a não ser que o programa seja modificado. Quando os nós da rede formam um *cluster*, as redes seguem a lógica das propriedades dos pequenos mundos: os nós podem se conectar com toda a rede e com outras redes intercomunicadas com um número limitado de passos. [...] as redes são complexas estruturas de comunicação estabelecidas em torno de um conjunto de objetivos que garantem, ao mesmo tempo, unidade de propósitos e flexibilidade em sua execução graças a sua habilidade de adaptação ao entorno operativo.²³

Nesta investigação, que relaciona redes e direito, ressalta-se o seguinte: as redes são programadas pelos atores sociais e são flexíveis para se autoconfigurar em busca de mais eficiência. Assim, é possível a análise do direito informático na sociedade em rede e no Estado em rede a partir dos atores sociais e dos programas que as configuram e reconfiguram (esse poder de configuração está implícito na

²¹ Tradução livre de: "[...] programa está compuesto por códigos que incluyen una valoración del funcionamiento y unos criterios para determinar el éxito o el fracaso". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.45).

²² Ibid., p.45-50.

²³ Tradução livre de: "Las redes operan con una lógica binaria: inclusión-exclusión. Dentro la red, la distancia entre tiende a cero cuando los nodos están conectados directamente entre sí. Entre los nodos de la red y los del exterior la distancia es infinita, ya que no existe acceso alguno a menos que cambie su programa. Cuando los nodos de la red forman un **cluster**, las redes siguen la lógica de las propiedades de los pequeños mundos: los nodos pueden conectar-se con toda red y con otras redes comunicadas desde cualquier nodo de ésta en número limitado de pasos. [...] las redes son complejas estructuras de comunicación establecidas en torno a un conjunto de objetivos que garantizan, al mismo tiempo, unidad de propósitos y flexibilidad en su ejecución gracias a su capacidad para adaptarse al entorno operativo". (Ibid., p.46).

polêmica sobre o uso da criptografia por aplicativos de mensagens instantâneas que será objeto do último capítulo).

Michael Reder²⁴, ao analisar a globalização como rede, faz um resumo do núcleo das teorias reticulares: tais teorias consideram os processos globais como resultados de complexas interações de atores no espaço público para alcançarem dado objetivo de maneira cooperativa – logo, a reciprocidade tem papel fundamental. Na opinião do autor, o ideal de reciprocidade seria a grande vulnerabilidade dos modelos teóricos que explicam a sociedade de maneira reticular: "concedem demasiada importância à cooperação, ocultam as assimetrias globais de poder e deste modo mistificam o espaço público global".²⁵

A teoria de Castells parece resistir à crítica de Reder, uma vez que considera as redes como estruturas fundamentais da vida e como modelo por excelência de organização social possibilitando a atuação dinâmica de movimentos sociais na esfera pública. O autor não nega a exclusão digital nem afirma a homogeneidade de acesso às novas tecnologias, mas, devido à relação entre globalização e novas tecnologias, afirma que a Era Informacional tem reflexos mesmo para os excluídos das redes. Seguem os principais argumentos de Castells que podem refutar Reder.

Quando há referência à estrutura em rede como modelo de organização social, não se pode afirmar que a organização em rede seja novidade da contemporaneidade, embora as novas tecnologias tenham revolucionado e potencializado essa forma de organização. Castells²⁶ parte do pressuposto de que as redes são a estrutura fundamental da vida, inclusive da vida social, desde a Antiguidade (à época, já havia uma espécie de globalização determinada pelas tecnologias de transporte, especialmente marítimos, disponíveis). Por isso, está equivocada a visão tradicional de que a evolução da sociedade tenha tido por base somente burocracias hierarquizadas.

Logo, o potencial da organização em rede depende da tecnologia disponível para o processamento do fluxo de informações. Por isso, a tecnologia disponível em cada momento explica o motivo pelo qual a organização hierárquica foi marcante no decorrer da história, uma vez que redes com pouco volume de fluxos de comunicação

²⁴ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.42-48.

²⁵ Tradução livre de: "[...] conceden demasiada importancia a la cooperación, ocultan las asimetrías globales de poder y de este modo mistifican el espacio público global". (REDER, Michael. **Globalización y filosofía**. Tradução de Vicente Gómez. Barcelona: Herder Editorial, 2012. p.48).

²⁶ CASTELLS, op. cit., p.46-50.

não eram tão eficientes quanto estruturas verticais de controle (barcos à vela e mensageiros a cavalo, por exemplo, não tinham como manter um fluxo rápido de informações). Para Castells, a

[...] capacidade das redes para introduzir novos atores e novos conteúdos ao processo de organização social com relativa independência dos centros de poder foi incrementada com o decorrer do tempo com a mudança tecnológica e mais concretamente com a evolução das tecnologias de comunicação. Em particular, isso foi o que sucedeu quando surgiu a possibilidade da utilização de rede de energia distribuída que caracterizou o advento da Revolução Industrial.²⁷

Assim, tendo em vista a tecnologia disponível e a ineficácia para manter um fluxo contínuo de processamento de informações, o Estado capitalista se organizou, num primeiro momento, predominantemente em estruturas hierárquicas verticais. Apenas a sociedade do final do século XX será brindada por interações reticulares mais eficazes.

Como estruturas fundamentais da vida, as redes são as formas mais eficientes de organização social. Essa eficiência acontece pelos seguintes motivos: devido a sua flexibilidade (capacidade de autorreconfiguração em vista de mudanças ou aumento ou diminuição dos nós); por conta da sua adaptabilidade (as redes podem variar de tamanho de forma pouco traumática); também é importante a sua capacidade de sobrevivência – os códigos da rede estão espalhados por múltiplos nós que podem continuar trabalhando sob diversas configurações.²⁸

As mudanças da estrutura vertical para a configuração em rede foram viabilizadas pelas novas tecnologias de comunicação, que tiveram notável evolução a partir dos anos cinquenta do século XX. Atualmente, essa evolução segue especialmente com a proliferação de aparelhos móveis, de maneira que os atores sociais podem interagir a qualquer momento a depender da estrutura de apoio que possuem. Trata-se de uma verdadeira revolução, pois com o

²⁷ Tradução livre de: *"La capacidad de las redes para introducir nuevos actores y nuevos contenidos en el proceso de organización social, con relativa independencia de los centros de poder, se incrementó a lo largo del tiempo con el cambio tecnológico y más concretamente con la evolución de las tecnologías de la comunicación. En particular, esto es lo que sucedió cuando surgió la posibilidad de utilizar la red de energía distribuida que caracterizó el advenimiento de la Revolución Industrial"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.48).

²⁸ Ibid., p.45-50.

[...] advento de nanotecnologia e da convergência da microeletrônica e dos processos biológicos e materiais, as fronteiras entre a vida humana e a vida artificial já desapareceram, de maneira que as redes estenderam sua interação desde nosso interior até todo o âmbito da atividade humana, transcendendo as barreiras de tempo e espaço.²⁹

Recolhendo e informando o exposto, é possível alinhar a teoria reticular de Castells com o conceito de globalização, com o desenvolvimento de novas tecnologias e com a exclusão digital. Fatores econômicos, políticos e culturais atuaram sobre o processo de globalização (sociedade em rede global), todavia, a atuação desses fatores no impulso da globalização contemporânea somente foi possível pela capacidade de conexão proporcionada pelas novas tecnologias. Apesar disso, embora a sociedade em rede seja global, a maioria das pessoas de todo o mundo não participa das redes, embora todos sejam afetados pelos processos que têm lugar nas redes globais.³⁰

A afetação individual, na atualidade, acontece tendo em vista que as atividades básicas da vida humana estão configuradas em redes globais que englobam

[...] os mercados financeiros; a produção, gestão e distribuição transnacional de bens e serviços; o trabalho qualificado; a ciência e a tecnologia, incluída a educação universitária; os meios de comunicação; as redes de internet de comunicação interativa; a arte, a cultura, os espetáculos e os desportos; as instituições internacionais de gestão da economia global e as relações intergovernamentais; a religião; a economia criminal; e as ONG's transnacionais e os movimentos sociais que fazem valer os direitos e os valores de uma nova sociedade civil global.³¹

Frise-se que não se está a afirmar que a globalização e a sociedade em rede sejam fenômenos homogêneos em todos os campos da atividade humana, mas

²⁹ Tradução livre de: "[...] *el advenimiento de la nanotecnología y la convergencia de la microelectrónica y los procesos biológicos y materiales, las fronteras entre la vida humana y la vida artificial se han difuminado, de modo que las redes extienden su interacción desde nuestro interior hasta todo el ámbito de la actividad humana, trascendiendo las barreas del tiempo y el espacio*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.50).

³⁰ Ibid., p.51.

³¹ Tradução livre de: "[...] *los mercados financieros; la producción, gestión y distribución transnacional de bienes y servicios; el trabajo muy cualificado; la ciencia y la tecnología, incluida la educación universitaria; los medios de comunicación; las redes de Internet de comunicación interactiva; el arte, la cultura, los espectáculos y los deportes; las instituciones internacionales que gestionan la economía global y las relaciones intergubernamentales; la religión; la economía criminal; y las ONG transnacionales y los movimientos sociales que hacen valer los derechos y valores de una nueva sociedad civil global*". (Ibid., p.51-52).

que caracterizam, em ao menos algum grau, a atividade social.³² Observa-se, como exemplo, no campo político, que os estados-nação estão fragmentados, também, pela lógica da inclusão-exclusão das redes globais e que essa se trata de uma característica estrutural da sociedade em rede:

A sociedade em rede global é uma estrutura dinâmica, altamente maleável às forças sociais, à cultura, à política e às estratégias econômicas. Mas o que permanece em todos os casos é seu predomínio sobre as atividades e pessoas alheias às próprias redes. Nesse sentido, o global esmaga o local, a menos que o local se conecte com o global convertendo-se em um nó das redes alternativas globais constituídas pelos movimentos sociais.³³

Assim, a sociedade em rede resulta da interação entre as redes globais dominantes e as formas sociais que estão fora das redes globais e os movimentos sociais que viabilizam a conexão entre o global e o local.

Outro aspecto importante na sociedade em rede e que merece ser destacado neste trabalho, pois atinge a massa trabalhadora, é aquele que faz surgir a empresa em rede. A compreensão desse movimento passa pela reestruturação das relações de trabalho: há uma divisão fundamental, quando nos referimos ao trabalho, na sociedade em rede entre trabalhadores autoprogramáveis e trabalhadores genéricos.³⁴

Os trabalhadores autoprogramáveis são aqueles capazes de encontrar, dentro do processo de produção, a informação relevante para transformá-la, em conhecimento e aplicá-la na concretização dos objetivos do processo. Esses trabalhadores necessitam de educação, pois manejam sistemas cada vez mais complexos e sujeitos a alterações. Por sua vez, os trabalhadores genéricos são aqueles cujas tarefas estão sendo, paulatinamente, assumidas por máquinas a fim de redução de custos. Os trabalhadores genéricos são a imensa maioria dentro da massa de trabalhadores. Ambos (trabalhadores autoprogramáveis e trabalhadores genéricos) devem ter duas qualidades:

³² "[...] é possível ver a relação entre direito e economia mesmo em países que não adotaram o sistema capitalista". (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier, 2012. p.23).

³³ Tradução livre de: *"La sociedad red global es una estructura dinámica, altamente maleable a las fuerzas sociales, la cultura, la política e las estrategias económicas. Pero lo que permanece en todos los casos es su predominio sobre las actividades y las personas ajenas a las propias redes. En este sentido, lo global aplasta a lo local. A menos que lo local se conecte a lo global convirtiéndose en un nodo de las redes alternativas globales constituidas por los movimientos sociales"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.53).

³⁴ Ibid., p.58.

flexibilidade e adaptabilidade.³⁵ Essas observações sobre o mundo do trabalho na sociedade em rede implicam no seguinte:

A criatividade, a autonomia e a capacidade de autoprogramação de trabalhadores do conhecimento não seriam produtivas se não se pudessem combinar com o trabalho em rede. De fato, a razão fundamental da necessidade estrutural de flexibilidade e autonomia é a transformação da organização do processo de produção. Essa transformação está representada pela aparição de em empresa em rede.³⁶

A ideia de empresa em rede não se refere simplesmente à conexão entre empresas, dado que uma grande corporação pode estar descentralizada internamente como uma rede. Trata-se da conexão dessas grandes empresas (às vezes descentralizadas internamente) com médias e pequenas empresas de maneira a formar alianças estratégicas a fim de alcançar determinados objetivos ou realizar determinados projetos. Essas empresas compartilham capital e, algumas vezes, mão de obra, mas fundamentalmente, compartilham informação e conhecimento. A empresa é a entidade legal de acumulação de capital, mas, ao mesmo tempo, é um nó dentro de uma rede global de fluxos financeiros.³⁷ A questão que se coloca à porta dos judiciários em todo mundo é a elaboração de balizas para a definição de grupos econômicos a partir do compartilhamento de informações. No caso a ser analisado no último capítulo, essa questão é um dos temas centrais.

Como a economia capitalista tem por finalidade o crescimento da produtividade, há um fator chave, na era informacional, que viabiliza esse crescimento: a inovação,

³⁵ Em relação à flexibilidade, é necessário ressaltar a importância da entrada da mulher no mercado de trabalho. Conforme Castells, a mulher trouxe ao mercado de trabalho, a possibilidade de flexibilização para se adequar também à família (ainda patriarcal). Elas podem trabalhar de maneira eficiente, mas, ao mesmo tempo, são capazes de adaptações às demandas empresariais. Apesar disso, têm menor remuneração e menos oportunidades de promoção em virtude da ideologia relacionada à divisão de trabalho na sociedade patriarcal. Esse contexto resultou em algo inusitado: os homens foram situados na mesma pauta de flexibilidade. Apesar do ideário feminista, as mulheres não foram, no mercado de trabalho, alçadas ao nível masculino, mas as condições do trabalho masculino rumaram para os mesmos patamares do trabalho feminino. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.59-60). Embora haja certo pessimismo no discurso de Castells, ele mesmo afirma que as mulheres profissionais parecem estar alcançando um nível de conectividade que antes apenas era possível aos profissionais masculinos.

³⁶ Tradução livre de: *"La creatividad, la autonomía y la capacidad de autoprogramación de los trabajadores del conocimiento no serían productivas si no pudieran combinarse con el trabajo en red. De hecho, la razón fundamental de la necesidad estructural de flexibilidad y autonomía es la transformación de la organización del proceso de producción. Esta transformación está representada por la aparición de la empresa red"*. (Ibid., p.59).

³⁷ Ibid., p.59-61.

ou seja, a "capacidade para recombinaar fatores de produção de uma forma mais eficiente e ou obter um valor maior no processo ou produto".³⁸ Nesse contexto, é a inovação que modifica e oxigena o capitalismo.

Algumas dessas inovações podem trazer algum desconforto e estranheza ao Estado. Como exemplo, a criptografia, desenvolvida por empresas privadas, que colocou em xeque seu poder de controle, pois as informações no chamado espaço de fluxos comunicacionais e culturais não estão na mão do Estado. Disso decorre que a análise da sociedade em rede está imbricada com elementos culturais e comunicacionais no novo modo de desenvolvimento capitalista: o informacionalismo.

2.2 INFORMACIONALISMO, CULTURA E COMUNICAÇÃO: O VALOR DA INFORMAÇÃO

2.2.1 Comunicação e cultura: essencialidade da informação

Na análise da nova economia, da sociedade e da cultura em formação, é de se ressaltar a importância da revolução tecnológica da comunicação devido a sua capacidade de penetração em toda atividade humana.³⁹ No entanto, há que se recharçar a simplificação do chamado "determinismo tecnológico" (a ideia de que as novas tecnologias sozinhas engendrem novas formas e processos sociais). Na verdade, há uma interação dialética entre sociedade e tecnologia. Nesse sentido, não é falso afirmar que a sociedade pode, de maneira estratégica, sufocar ou acelerar o processo de modernização tecnológica com reflexos nos destinos das economias, no potencial militar e no bem-estar social.⁴⁰ Dessa maneira, a capacidade de uma sociedade para chegar ao domínio tecnológico se expressa mediante as instituições da sociedade, inclusive o Estado.

³⁸ Tradução livre de: "[...] es la capacidad para recombinaar factores de producción de una forma más eficiente y/o obtener un valor añadido mayor en el proceso o el producto". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.61).

³⁹ PATTARO, Enrico; SARTOR, Giovanni. **Norms, Laws and the Internet**. Paper presented to the II Congreso Mundial de derecho informático. Madrid, 23-27 set. 2002. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b0e4/17deb977ddf52e511c4ac0591445a643bcd0.pdf?_ga=2.30760637.385040270.1503183775-876020297.1503183775>. Acesso em: 1.º maio 2017.

⁴⁰ CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información: la sociedad red**. Tradução de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Albores. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 2005. v.1. p.35-37.

Na interação dialética entre sociedade, Estado e tecnologia, surgiu uma nova estrutura social, associada a um novo modo de desenvolvimento no interior do capitalismo, o *informacionalismo*, definido historicamente pela reestruturação do modo capitalista de produção a partir da década de Oitenta do século XX. A base teórica desse postulado é que as sociedades capitalistas estão organizadas em torno de processos humanos estruturados por relações de *produção, experiência e poder* determinadas historicamente:

A *produção* é a ação da humanidade sobre a matéria (natureza) para apropriar-se dela e transformá-la em seu benefício mediante a obtenção de um produto, o consumo (desigual) de parte dela e a acumulação do excedente para investimento, segundo uma variedade de metas determinadas pela sociedade. A *experiência* é a ação dos sujeitos humanos sobre si mesmos, determinada pela interação de suas identidades biológicas e culturais e em relação com seu entorno social e natural. Ela se constrói em torno da busca infinita da satisfação das necessidades e desejos humanos. O *poder* é a relação entre os sujeitos humanos que, com base na produção e na experiência, impõe o desejo de alguns sujeitos sobre os outros mediante o uso potencial ou real da violência física ou simbólica. As instituições da sociedade surgiram para reforçar as relações de poder existentes em cada período histórico, incluídos os controles, limites e contratos sociais estabelecidos nas lutas pelo poder [...].⁴¹

Dentro do modo de produção capitalista (e a partir dos processos humanos de produção, experiência e poder), as técnicas de produção definem os chamados modos de desenvolvimento (dispositivos tecnológicos que atuam sobre a matéria para gerar o produto). O capitalismo já albergou o modo de desenvolvimento agrário e o industrial e alberga, agora, um novo modo de desenvolvimento chamado de informacional. Nesse novo modo de desenvolvimento, a "fonte de produtividade se

⁴¹ Tradução livre de: "*La producción es la acción de la humanidad sobre la materia (naturaleza) para apropiársela y transformarla en su beneficio mediante la obtención de un producto, el consumo (desigual) de parte de él y la acumulación del excedente para la inversión, según una variedad de metas determinadas por la sociedad. La experiencia es la acción de los sujetos humanos sobre sí mismos, determinada por la interacción de sus identidades biológicas y culturales y en relación con su entorno social y natural. Se construye en torno de la búsqueda infinita de la satisfacción de las necesidades y los deseos humanos. El poder es la relación entre los sujetos humanos que, sobre la base de la producción y la experiencia, impone el deseo de algunos sujetos sobre los otros mediante el uso potencial o real de la violencia, física o simbólica. Las instituciones de la sociedad se han erigido para reforzar las relaciones de poder existentes en cada periodo histórico, incluidos los controles, límites y contratos sociales logrados en las luchas por el poder*". (CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información: la sociedad red**. Tradução de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Albores. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 2005. v.1. p.44-45).

apoia na tecnologia da geração de conhecimento, no processamento da informação e na comunicação de símbolos".⁴² Esse novo paradigma tem como características ser global e capaz de intensificar interconexões em rede, modificando, portanto, as conformações dos Estados e suas relações com demais atores locais e globais na contemporaneidade.⁴³

Informação, nessa nova ordem, ganha sentido a partir de sua natureza.⁴⁴ Passa a ser uma *atividade*, ou seja, uma experiência e não posse. Ao comprar um livro, o desejo é pela experiência de uma boa história e não a posse do livro em si. Também é *forma de vida* que necessita movimento e liberdade. As informações "[...] se adaptam ao meio ambiente, se reproduzem, evoluem, e do cruzamento com outras, podem nascer novas ideias. Da mesma forma, são perecíveis e podem perder o valor com o passar do tempo".⁴⁵

A informação também ganha o sentido de *relação* e depende seu sentido da forma como é divulgada ou do repertório de conhecimentos do seu receptor.

No informacionalismo, a comunicação simbólica entre os humanos, a relação entre os humanos e a natureza (com base na produção e no consumo), a experiência e o poder geram *culturas e identidades coletivas* que tentam se acomodar (mas inevitavelmente se tensionam) em dois lugares: no interior e para além dos Estados. Essa tensão (local *versus* global) é fundamental nas análises sociológicas de Castells, mas também do francês Jacques Chevallier.

Segundo Chevallier⁴⁶, a sociedade contemporânea se caracteriza pela complexidade, desordem, indeterminação e incerteza. Ancorada nela, encontra-se o hiperindividualismo com seus múltiplos aspectos: rechaço aos determinismos sociais (cada indivíduo pretende construir sua própria identidade social independentemente de marcos preestabelecidos ou pontos de referência estáveis). Isso leva, na

⁴² CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información: la sociedad red**. Tradução de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Albores. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 2005. v.1. p.47.

⁴³ Ibid., p.111.

⁴⁴ ROVER, José Aires; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual e internet**. Curitiba: Juruá, 2002. p.79-80.

⁴⁵ ROVER; WINTER, loc. cit.

⁴⁶ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.25-26.

"sociedade líquida" (Bauman)⁴⁷, ao consumismo em função de critérios puramente individuais (Lipovetsky⁴⁸) na qual o indivíduo não tem pontos de apoio para a construção de si mesmo. Esse hiperindivíduo ansioso, descrito por Lipovetsky, é obrigado a ser cada vez mais competitivo. Todavia, por trás da sua vitória aparente, instalam-se os medos e angústias do indivíduo contemporâneo desamparado. Nesse contexto, a erosão das identidades coletivas faz frágil o vínculo da cidadania e mais precário o consentimento da autoridade.

Dentro desse contexto hiperindividualista, a sociedade contemporânea parece caracterizar-se pela busca da identidade como princípio organizativo – entendendo identidade como a "fonte de significado e experiência de um povo" ou, sob o prisma dos atores sociais, como o "processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado".⁴⁹

Para analisar a relação entre indivíduo, identidade e poder, Castells⁵⁰ propõe a seguinte hipótese: primeiro, a forma essencial do poder está na capacidade para moldar a mente (a forma como sentimos e pensamos determina nossa maneira de atuar, tanto individual como coletivamente); segundo, a coação e a capacidade para exercê-la, legitimamente ou não, constituem uma fonte básica de poder, mas a coação por si só não pode garantir a dominação – a capacidade para conseguir o consentimento por intermédio da imposição do medo e resignação à ordem existente é fundamental para impor as regras que governam as instituições e as organizações da sociedade.

⁴⁷ "O terreno sobre o qual se presume que nossas perspectivas de vida se assentem é reconhecidamente instável – tal como são os nossos empregos e as empresas que os oferecem, nossos parceiros e nossas redes de amizade, a posição que desfrutamos na sociedade mais ampla e a autoestima e autoconfiança que o acompanharam. O 'progresso', que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao polo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que um momento de descanso. O professo se transformou numa espécie de dança das cadeiras interminável e ininterrupta, na qual um momento de desatenção resulta na derrota irreversível e na exclusão irrevogável. Em vez de grandes expectativas e sonhos agradáveis, o 'progresso' evoca uma insônia cheia de pesadelos de 'ser deixado para trás' – de perder o rem ou cair da janela de um veículo em rápida aceleração". (BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p.16-17).

⁴⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. **A era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v.2. p.22).

⁵⁰ Id. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.29.

Por isso, na sociedade contemporânea, o processo de comunicação é fundamental, pois opera de acordo com a estrutura, a cultura, a organização e a tecnologia de comunicação disponíveis e influi decisivamente na forma de construir e desafiar as relações de poder em todos os campos das práticas sociais (individuais ou coletivas).⁵¹ Isso também é verdadeiro para o Estado e, como se pretende comprovar com o presente trabalho, é premissa verdadeira, também, para o direito.

Sobre comunicação e cultura, no informacionalismo, as seguintes observações são essenciais: mercados financeiros, redes de proteção transnacionais, redes midiáticas, governança global em rede e movimentos sociais em rede se organizam em nós de redes conectados por meio de redes eletrônicas de comunicação. Nessas redes, circulam informações no chamado espaço de fluxos, que são compostos pela articulação dos seguintes elementos: os lugares em que se realizam as atividades e as pessoas que as realizam; a rede de comunicação material; e o conteúdo dos fluxos de informação em termos de função e significado. Isso porque a era informacional redefiniu o tempo (simultaneidade) e o espaço (contiguidade), que se desacoplaram.⁵² Milton Santos afirma que o

[...] sistema de produção que se serve desse espaço de fluxos é constituído por redes – um sistema reticular –, exigente de fluidez e sequioso de velocidade. [...] Tais espaços de fluxos vivem uma solidariedade do tipo organizacional, isto é, as relações que mantêm a agregação e cooperação entre agentes resultam em um processo de organização, no qual predominam fatores externos às áreas de incidência dos mencionados agentes.⁵³

Em vista do exposto, pode-se afirmar que a análise da conformação da sociedade em rede não pode prescindir da consideração da globalização, mas também de outros elementos como tempo e espaço de fluxos, bem como comunicação e informação.

O tempo social é caracterizado como a sequência de práticas humanas que foi moldado ao longo da história pelas instituições e pela vida cotidiana de modo a assinalar tarefas e organizar cada momento da vida. Na fase inicial do capitalismo, o

⁵¹ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.81-85.

⁵² Ibid., p.65-70.

⁵³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.52.

tempo foi marcado pela padronização do tempo industrial e do cálculo temporal das transações financeiras. Na era informacional, as novas tecnologias parecem ter comprimido o tempo para grande parte dos atores sociais. Isso acontece porque a construção do espaço e do tempo é diferenciada em relação aos atores sociais: na sociedade em rede, convivem o controle de tempo tradicional do relógio das atividades menos valorizadas com a transcendência do tempo de classes elitizadas.⁵⁴

Gilles Lipovetsky⁵⁵, ao criticar o rótulo de pós-moderno aos tempos contemporâneos, avalia que, no instante atual, não estaria havendo uma superação da racionalidade moderna (enraizada especialmente no liberalismo, na mercantilização dos modos de vida e na individualização). De fato, hoje há uma espécie de arremate do projeto moderno do qual emerge uma segunda modernidade desregulamentadora e globalizada, alicerçada no mercado, na eficiência técnica e no indivíduo.⁵⁶ Nessa fase, que o autor chama de hipermoderna, parece que o "centro da gravidade temporal" passou do futuro para o presente alterando o tempo social. Sobre o tema, Lipovetsky afirma que, no

[...] cerne do novo arranjo do regime do tempo social, temos (1) a passagem do capitalismo de produção para uma economia de consumo e de comunicação de massa; e (2) a substituição de uma sociedade rigorístico-disciplinar por uma "sociedade-moda" completamente reestruturada pelas técnicas do efêmero, da renovação e da sedução permanentes. [...] O universo do consumo e da comunicação de massas aparece como um sonho jubiloso.⁵⁷

Embora Castells rechace o que chama de "nihilismo intelectual pós-moderno" ou qualquer ortodoxia teórica que possa engessar o debate sobre as novas tendências históricas⁵⁸, as considerações de Lipovetsky são relevantes para compreensão da luta das comunidades para preservação do espaço de lugares (local) em contraposição à

⁵⁴ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.62-65.

⁵⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p.51-58.

⁵⁶ Em sentido semelhante é a tese de Giddens, Beck e Lash, que dividem a modernidade em duas fases: primeira modernidade ou modernização simples, forjada no período industrial clássico, e a segunda modernidade ou modernidade reflexiva, que, caracterizada pela sociedade de riscos, tem por característica a reinvenção e radicalização da modernidade. (BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernidade reflexiva: política, tradição e estética da ordem social moderna**. Tradução de Maria Amélia Augusto. São Paulo: UNESO, 2000. p.1-13).

⁵⁷ LIPOVETSKY, op. cit., p.60.

⁵⁸ CASTELLS, op. cit., p.23-25.

lógica do espaço de fluxos (global), uma vez que o "[...] espaço e o tempo expressam as relações de poder da sociedade em rede".⁵⁹

Outrossim, auxiliam na compreensão da ideia da contraposição entre o local e global as teorizações de Stuart Hall.⁶⁰ O autor chama atenção para uma das características da globalização, a "compressão do espaço-tempo", que é aceleração dos processos globais, de maneira que a humanidade sente que o mundo é menor e as distâncias são mais curtas. Por isso, os eventos que acontecem em lugares situados a uma grande distância impactam o local.⁶¹

Como tempo e espaço são coordenadas básicas de todos os sistemas de representação (escrita, pintura, desenho, fotografia, simbolização através da arte ou dos sistemas de telecomunicações) e como a identidade (pessoal ou nacional) está envolvida nos processos de representação, as relações espaço-tempo têm efeitos profundos sobre a forma como as identidades são representadas:

O sujeito masculino, representado nas pinturas do século XVIII, no ato de inspeção de sua propriedade, através das bem-reguladas e controladas formas espaciais clássicas [...] tem um sentido muito diferente de identidade cultural do sujeito que vê a "si próprio/a" espelhado nos fragmentados e fraturados "rostos" que olham dos planos e superfícies partidos de uma das pinturas cubistas de Picasso. Todas as identidades estão localizadas no espaço e no tempo simbólicos.⁶²

A tensão entre o espaço de lugares (local, fixo e concreto) e o espaço de fluxos (global e atemporal) desafiam as identidades que tentam resistir e se reconstruir. O pano de fundo para a tensão entre esses espaços (local e global) é uma forma de

⁵⁹ Tradução livre de: *"El espacio y el tiempo expresan las relaciones de poder en la sociedad rede"* (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.65).

⁶⁰ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Laura. 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.69-73.

⁶¹ Se antes as informações estavam organizadas atendendo a uma estrutura compartimentalizada, com forte tendência vertical e hierárquica, onde seu acesso dependia da posição do indivíduo na estrutura de poder, a conformação atual mostra-se mais flexível e dinâmica, utilizando-se das tecnologias para sofisticar os sistemas de recolhimento, tratamento e transmissão de informações. Os conceitos de tempo e espaço se relativizam, fazendo com que Estados, empresas e indivíduos já não operem a partir de locais fixos e balizados pelas fronteiras territoriais dos Estados. Ao revés, abandona os esquemas lineares e unidimensionais em favor de uma conformação menos precisa, mais aberta e interativa, na qual os atores sociais podem criar e assumir diversos papéis. (SILVA, Rosane Leal. Contratos eletrônicos e a proteção de dados pessoais do consumidor: diálogo de fontes entre o código de defesa do consumidor e o marco civil da internet. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v.2, n.1, p.76, 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/805/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.);

⁶² HALL, op. cit., p.71.

construção coletiva que transcende ambos: é a cultura – entendida como "conjunto de valores e crenças que orientam e motivam o comportamento das pessoas".⁶³

Na sociedade em rede global esse espaço não é homogêneo, há uma multiplicidade de culturas, além de traços da cultura da sociedade industrial (também bastante complexa). Diante dessa multiplicidade, pode-se retirar algumas conclusões sobre a cultura: por existir globalmente em tempo real, não somente exibe sua lógica em todo o mundo, mas mantém sua organização reticular no âmbito global ao mesmo tempo em que desenvolve a especificidade de cada sociedade.⁶⁴

Esse movimento (singularidade e globalização) é chave para compreensão da cultura da sociedade em rede, em especial, da ideia de identidade e da tensão entre local e global: indivíduos ou coletivos utilizam o escudo da identidade para não se dissiparem na lógica das redes dominantes, o que é fonte de diversos conflitos na contemporaneidade. Essa reafirmação das identidades leva à fragmentação cultural, que é uma das marcas da sociedade em rede.⁶⁵ Por isso, caso não haja protocolos de comunicação entre as diversas redes, a violência é inexorável: redes que não possuam protocolos de comunicação tendem à competição e à destruição. Portanto, a teoria de Castells parece resistir às críticas de Reder expostas acima, uma vez que a teoria reticular parte de ideais de cooperação, mas não ignora conflitos.

O grande problema (talvez ainda sem solução) é a criação e manejo desses protocolos. Talvez um modo de enfrentamento desse problema sistêmico da sociedade em rede global fosse a possibilidade de criação de uma governança democrática global e a consolidação de uma cultura cosmopolita comum com vistas à criação de protocolos de comunicação.⁶⁶ Nesse sentido, a pedra angular da teoria de Castells, que relaciona cultura, comunicação, novas tecnologias e valores sociais, é a hipótese de que "[...] a cultura comum da sociedade em rede global é uma cultura de protocolos

⁶³ Tradução livre de: "[...] *el conjunto de valores y creencias que dan forma, orientan y motivan el comportamiento de las personas*" (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.65).

⁶⁴ Ibid., p.66.

⁶⁵ "As identidades nacionais estão se desintegrando, como resultado do crescimento da homogeneização cultural e do 'pós-moderno global'. As identidades nacionais e outras identidades 'locais' ou particularistas estão sendo reforçadas pela resistência à globalização'. As identidades nacionais estão em declínio, mas novas identidades – híbridas – estão tomando o seu lugar". (HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Laura. 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.69).

⁶⁶ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Tradução de Rita Espanha. Coord. José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.196-197.

que permite a comunicação entre diferentes culturas sobre a base não necessariamente de valores compartilhados, mas do compartilhamento do valor da comunicação".⁶⁷

Assim, a comunicação, como o valor essencial da sociedade em rede, aponta para o desenvolvimento de uma nova cultura com base em um processo de troca de informações e compartilhamento, a fim de que os atores sociais possam compartilhar um mundo repleto de diversidade sem o medo ancestral que temos uns dos outros.⁶⁸ Castells é, portanto, bastante otimista. Todavia, como se verá no capítulo 5 deste trabalho, técnicas de criptografia são exemplos de que esse medo ancestral ainda persiste especialmente no que se refere àquilo mais caro à sociedade em rede: a informação. Em vista disso, a comunicação e suas restrições são chaves para a compreensão das relações de poder na sociedade em rede.

Em sentido similar aos de Castells navegam as teorizações de Dominique Wolton (embora sem referência expressa a uma teoria reticular): o grande desafio da comunicação é preservar sua dimensão humanista e compreender como os valores democráticos podem se impor frente à técnica ou, em outros termos, "como reconciliar a realidade técnica e econômica da comunicação com sua dimensão social, cultural e política".⁶⁹

Para tanto, uma teoria da comunicação se faz necessária, pois, embora o termo possa parecer banal, em tempos de globalização, a importância da comunicação toma um novo vulto, pois atravessa todas as atividades humanas. No entanto, de forma contraditória, "[...] as palavras 'liberdade', 'igualdade', 'fraternidade' e 'solidariedade' estão no panteão do pensamento democrático, mas nunca a palavra comunicação, embora estando no centro de toda experiência humana e social".⁷⁰

No momento atual, a revolução tecnológica e os novos parâmetros de convivência fazem com que o significado do termo seja levado às últimas consequências: comunicação é a busca da relação e do compartilhamento com o outro – mas esse outro, agora, está sempre presente. Saber fazer uso dessa técnica de presentificação

⁶⁷ Tradução livre de: "[...] la cultura común de la sociedad red global es una cultura de protocolos que permite la comunicación entre diferentes culturas sobre la base no necesariamente de valores compartidos, sino de compartir el valor de la comunicación". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.67).

⁶⁸ Ibid., p.68.

⁶⁹ WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.10.

⁷⁰ Ibid., p.11.

seria um sinal de emancipação e igualdade social. Assim, a comunicação é uma questão política antes de ser técnica e econômica: "na ponta das redes e dos satélites há homens e sociedades, culturas e civilizações".⁷¹

Nesse sentido, a comunicação sai do campo da banalidade e se apresenta não apenas como técnica (que demanda eficiência), mas como um direito com duas dimensões: o direito de expressar-se e o direito de construir uma eventual relação com o receptor (se esse estiver interessado na mensagem, puder compreendê-la e quiser promover um *feedback* ao emissor). Isso implica em aceitar o outro e sua identidade própria. Portanto, comunicar é um *fazer*, pois se trata de ir ao encontro do outro⁷² – quais as intenções desse encontro é o que torna o tema ainda mais complexo e vital.

Wolton apresenta duas dimensões da comunicação: a comunicação funciona como uma hélice dupla, formada pela dimensão normativa do ideal da comunicação (informar, dialogar, compartilhar e compreender-se), que se liga ao ideal de igualdade, e pela dimensão funcional (a troca de informações essenciais para o desenvolvimento das relações humanas e sociais), ligada à técnica.⁷³ Essas dimensões estão acopladas, mas o que se percebe, na contemporaneidade, é a tendência de valorização apenas da dimensão funcional.

A importância dessas dimensões da comunicação nas sociedades contemporâneas leva à diferenciação entre comunicação e informação. Informação pode significar "dar forma; elaborar; ordenar; dar uma significação" ou, ainda, noticiar um fato a alguém (ou seja, reproduzir o acontecimento). Então, informação organiza o real e o narra.⁷⁴ A comunicação

[...] em contrapartida, supõe um processo de apropriação. É uma relação entre o emissor, a mensagem e o receptor. Comunicar não é apenas produzir informação e distribuí-la, é também estar atento às condições em que o receptor a recebe, aceita, recusa, remodela, em função do seu horizonte cultural, político e filosófico, e como responde a ela. A comunicação é sempre um processo mais complexo que a informação, pois se trata de um encontro com um retorno e, portanto com um risco.⁷⁵

⁷¹ WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.12.

⁷² Ibid., p.15.

⁷³ Id. **Internet, e depois?**: uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012. p.10.

⁷⁴ Ibid., p.207.

⁷⁵ WOLTON, **É preciso...**, op. cit. p.16.

O risco da comunicação se relaciona ao fato de que o seu desafio não diz respeito exatamente à aproximação dos indivíduos e das coletividades, mas à administração das diferenças e da complexidade da aceitação da alteridade.⁷⁶

Na contemporaneidade, esse risco expande-se, tendo em vista o excesso de informações e o perfil crítico do receptor: a comunicação, paradoxalmente, está se tornando mais difícil em meio à heterogeneidade social e cultural da humanidade, o que a revela potencialmente conflituosa. Nesse contexto, a globalização acelera as contradições – o "Ocidente não está mais sozinho no mundo; não pode mais impor sua lei".⁷⁷ Dessa maneira, é preciso analisar a comunicação a partir da diversidade cultural e da possibilidade de sua instrumentalização para emancipação política e cultural e não apenas sob o viés da técnica e da economia. Outras questões, nesse campo, também se revelam:

Esta dinâmica demoníaca, na qual a inflação do número de informações deveria tornar o mundo mais compreensível, acaba levando à situação inversa: uma interpenetração das opiniões e, a termo, um sentimento de confusão. Pois há também a seguinte questão: o usuário quer ter acesso a tantas informações? Será que ele tem os conhecimentos para decodificar todas as informações que recebe? [...] Visto que, na teoria democrática, o acesso à informação livre é a condição para agir sobre o mundo, todas essas informações servem para fazer o quê e a qual preço? Será que o cidadão globalizado tem uma capacidade de ação à altura de sua informação? É a famosa contradição da qual já falei entre ser "um gigante da informação e um anão na ação política".⁷⁸

Além da contradição política, a sociedade da informação contém contradições explícitas relacionadas ao fenômeno da comunicação.⁷⁹ A contradição econômica se refere à falsa ideia de que as abundantes informações são gratuitas. Parece que a gestão de informações encontra-se em momento de ajustes: ao lado da sensação de que a informação parece, por ora, gratuita, não se pode negar a evidente concentração da gestão dessas informações em poucas gigantes do mundo da comunicação e da cultura. O espaço da internet parece valorizar a liberdade por um lado ao mesmo tempo em que vem se tornando espaço para a venda da informação

⁷⁶ WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?:** uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012. p.11.

⁷⁷ Id. **É preciso salvar a comunicação.** Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.21.

⁷⁸ Ibid., p.87.

⁷⁹ Ibid., p.89-95.

como mercadoria. Há contradição em se pensar na internet como modelo de democracia sem sopesar essas variáveis.

Outra contradição é a segmentação. As redes nos acolhem ao mesmo tempo em que excluem quem não pertence a elas. As redes simultaneamente viabilizam a comunicação entre seus nós, mas impedem a comunicação fora dela. Nesse sentido, as novas tecnologias são "tanto individualistas como comunitárias, mas pouco coletivas e sociais".⁸⁰ Essa falta de integração naturaliza as diferenças e desigualdades entre grupos que não se comunicam.

Cass Sunstein afirma que a humanidade está na idade do algoritmo com o incremento da inteligência artificial, de maneira que os algoritmos sabem muito de cada um de nós:

Se o algoritmo sabe que você gosta de certos tipos de música, pode saber, com alta precisão, quais tipos de filme e livros você gosta, e quais políticos atrairão você. E se ele sabe quais sites você visita, pode saber quais produtos você provavelmente irá comprar, e o que você pensa sobre as mudanças climáticas ou imigração.⁸¹

Essa inteligência possibilita que sejamos expostos a ideias, produtos e comunidades os quais provavelmente nos serão atraentes (de maneira que todas as nossas expectativas do mundo são confirmadas). Isso afasta os indivíduos de ideias divergentes das suas fazendo ter a impressão de que as suas preferências são as preferências da maioria.⁸² Sem experiências compartilhadas, uma sociedade heterogênea encontrará dificuldades para solucionar problemas sociais.⁸³

O excesso de informação também gera uma contradição importante: "informação demais mata a informação".⁸⁴ Isso se pode observar no cotidiano individual de caixas

⁸⁰ WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.90.

⁸¹ Tradução livre de: "*If the algorithm knows that you like certain kinds of music, it might know, with a high probability, what kinds of movies and books you like, and what political candidates will appeal to you. And if it knows what websites you visit, it might well know what products you're likely to buy, and what you think about climate change and immigration*". (SUNSTEIN, Cass R. **#Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. [e-book]. p.3).

⁸² Exemplo desse fechamento e exclusão são os filtros-bolha (situação na qual o usuário da internet encontra apenas informação e opiniões que reforçam suas crenças pela ação de algoritmos que personalizam a experiência on-line). Vide PARISER, Eli. **The Filter Bubble**: what the internet is hiding from you. Londres: Penguin Books, 2012.

⁸³ SUNSTEIN, op. cit., p.7.

⁸⁴ WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.94.

de e-mails com profusão de informações (nem todas úteis), no desenvolvimento das redes sociais, bem como nas estratégias de alguns governos que tornam públicas informações irrelevantes a fim de disfarçar o que é importante. A disfunção é que rumores e segredos são favorecidos.

Uma questão política marcante é contradição que se dá a partir da possibilidade de rastreamento. Há, em oposição ao discurso de liberdade da internet, a instalação de uma cultura do controle e segurança a fim de combater, por um lado, a cibercriminalidade e terrorismo, e, de outro, proteger as conexões. Há "uma espécie de *choque* entre a liberdade do usuário, constantemente reivindicada, e a realidade de um controle político possível do internauta".⁸⁵ Esse é um dos temas da audiência pública analisada no capítulo 5.

Essas contradições inviabilizam o discurso superficial de que a sociedade do amanhã terá a maior parte dos seus problemas resolvidos pela dimensão técnica da comunicação. Esse discurso é falacioso na medida em que faz parecer que a dimensão técnica da comunicação deve suplantiar a dimensão humana e social. A análise do estatuto da comunicação e das novas tecnologias deve levar em conta outra dimensão da comunicação "ligada à liberdade de informação, às lutas pela democracia e por uma sociedade aberta".⁸⁶ Por isso, a liberdade informática deve ser manejada em conjunto com o direito ao desenvolvimento (conforme proposto no capítulo 4).

Portanto, há ligação evidente entre teorias sobre a comunicação e teorias da sociedade e entre comunicação e democracia (no momento em que o tamanho dos mercados acaba por levar a comunicação para a esfera dos negócios e não para a esfera dos valores humanos). A conexão com direito, segundo Wolton, se apresenta especialmente nessa esfera:

Valorizar a comunicação do ponto de vista teórico é também permitir uma mudança de enfoque em relação à ideia de regulamentação. Evidentemente, essa não deve ser vista como um "freio" à liberdade de comunicação, mas, ao contrário, como uma proteção dessa liberdade. Uma vez reconhecido que a comunicação é uma das grandes questões da sociedade, a legitimidade da intervenção pública se impõe, como para qualquer outra atividade coletiva da sociedade. A ruptura mais importante a ser feita hoje é da ordem teórica:

⁸⁵ WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006. p.93.

⁸⁶ Id. **Internet, e depois?**: uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012. p.9.

inserir finalmente a comunicação no âmbito das grandes questões políticas, sociais e culturais. Essa ruptura consumada, a ideia de regulamentação se imporá a todos, e não haverá mais motivos para se ter inquietações em relação à tirania crescente das novas tecnologias. Ainda é preciso que essa ruptura aconteça [...]»⁸⁷

Justamente o tema da regulação será objeto do capítulo 5 deste trabalho.

2.2.2 Redes de associações e tomadas de decisões: a mente humana

De toda maneira, parece haver uma séria desconfiança quanto à comunicação de massa (rádio e televisão) e uma sedução pelas novas tecnologias. Em vista disso, o matiz que não pode passar despercebido é que a comunicação sempre será ambígua e, por isso, precisa ser mediada pelo conhecimento – portanto, em tempo de acesso à internet disponível até em locais públicos, é necessário sublinhar que a troca mais rápida de mensagens não implica em uma comunicação melhor.

Isso se deve à ambiguidade própria dos processos comunicativos motivada, em primeiro lugar, pela ativação de redes de associação em nosso cérebro e, em segundo lugar, pelos entornos comunicativos. Alguns apontamentos sobre essas questões serão efetuados a seguir, tendo em vista sua importância nos debates na esfera pública (vide capítulo seguinte).

Redes de associação em nosso cérebro influenciam no processo de decisão e processamento de informações na mente (cognição). A cognição pode levar a dois caminhos de tomada de decisões: um dos caminhos é a escolha racional ou juízo cognitivo (processamento de novas informações); o outro caminho é relacionado a modelos de decisão baseados em experiências anteriores e em emoções inscritas em mapas cerebrais.

Esses dois caminhos são complementares e o peso de cada um deles depende do contexto do processo comunicativo (por exemplo, pessoas com mais experiência política possuem conexões emocionais com candidatos e partidos e pessoas sem experiência política parecem ter que buscar avaliações racionais para avaliar suas opções). Um grande desafio para compreender o processo de tomada de decisão são os atalhos cognitivos: os indivíduos tendem a buscar informações

⁸⁷ WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?**: uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012. p.22.

que confirmem valores pré-estabelecidos em sua mente, de maneira que algumas respostas serão reflexas e automáticas de maneira subconsciente.⁸⁸

As teorizações de Castells nesse ponto se aproximam das teorizações de Jon Elster. Segundo Elster, as emoções (amor, desenvolvimento pessoal, ódio, medo, esperança, temor, ansiedade e outras) têm papel relevante em todos os mecanismos de escolha (inclusive na escolha racional), uma vez que não é possível precisar a ideia de razão.⁸⁹ O autor sustenta que emoções influenciam preferências (base da escolha racional) e podem modificá-las com o tempo. Por sua vez, as emoções influenciam e são influenciadas pelas crenças dos atores a partir de um conjunto de informação disponível (a percepção desse conjunto também pode ser influenciada pelas emoções).⁹⁰

Assim, não causa espanto a afirmação de que "Somos redes conectadas a um mundo de redes"⁹¹, pois nossa mente não é um órgão, mas um processo que se desenrola no cérebro na interação com o restante de nosso corpo e sentidos:

Construímos a realidade como reação ante acontecimientos reais, internos e externos, mas nuestro cerebro no se limita a reflejar esses acontecimientos, mas los procesa de acuerdo con sus propios modelos. A maioria do procesamiento é inconsciente.⁹²

Então, a realidade é uma construção material de imagens produto daquilo que sucede no mundo físico (dentro e fora de nosso corpo) combinada com a experiência em nosso circuito cerebral. Haveria, em nosso cérebro, uma espécie de catálogo de respostas relativas a dadas características dos acontecimentos que vai se modificando de acordo com nossas experiências no tempo e no espaço. Esse catálogo possibilita que resolvamos problemas com criatividade e inovação a fim de garantir, a princípio, o objetivo genérico da nossa própria sobrevivência e bem-estar.

⁸⁸ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.197-202.

⁸⁹ ELSTER, Jon. **Reason and rationality**. Tradução de Steven Rendall. Woodstock: Princeton University Press, 2009.

⁹⁰ Id. **Tuercas y tornillos**: una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales. Tradução de Antonio Bonanno. Barcelona: Gedisa, 1996. p.66-75.

⁹¹ Tradução livre de: "*Somos redes conectadas a un mundo de redes*". (CASTELLS, op. cit., p.193).

⁹² Tradução livre de: "*Construimos la realidad como reacción ante acontecimientos reales, internos o externos, pero nuestro cerebro no se limita a reflejar dichos acontecimientos, sino que los procesa de acuerdo con sus propios modelos. La mayoría del procesamiento es inconsciente*". (Ibid., p.193).

A consciência opera sobre os processos mentais. A integração das emoções, sentimentos e raciocínio, que, em última instância, levam à tomada de decisões, determina esse processo. As representações mentais se convertem em motor de ações com significado incorporando as emoções, sentimentos e o raciocínio determinando como vivemos.⁹³

As seis emoções básicas (medo, asco, surpresa, tristeza, alegria e ira) são processadas pelos nossos sentimentos (percepção de nosso modo de pensar sobre determinado tema) no contexto de nossa memória, ativando redes de associações (que possibilitam que o cérebro aprenda com sucessos e fracassos, bem como com suas consequências). Ao serem conhecidos pelo Eu, os sentimentos podem controlar o comportamento social e influenciar tomadas de decisões.

Dessa maneira, o cérebro não reproduz acontecimentos, mas processa acontecimentos (inclusive, acontecimentos previsíveis no futuro). Todas essas conexões são produzidas em um processo de comunicação: "[...] a mente humana se ativa acessando aos mapas do cérebro mediante a linguagem".⁹⁴

Estudos demonstram que determinadas emoções se repetem em todas as culturas e que duas têm especial importância no processo político:

Uma delas é o medo. Outra é a esperança. Tendo em vista que a esperança supõe projetar o comportamento para o futuro, ela está acompanhada do medo de que não se alcance os objetivos. Como uma das características distintivas de mente humana é a capacidade para imaginar o futuro, a esperança é um ingrediente fundamental para ativar os mapas cerebrais que motivam o comportamento político orientado a conseguir o bem-estar futuro como consequência de uma situação presente. Assim, portanto, a esperança é um componente chave para a mobilização política.⁹⁵

⁹³ Tradução livre de: *"La conciencia opera sobre los procesos mentales. La integración de las emociones, sentimientos y razonamiento que en última instancia llevan a la toma de decisiones determina estos procesos. Las representaciones mentales se convierten en motor de acciones con significado incorporando las emociones, sentimientos y el razonamiento que definen cómo vivemos"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.194).

⁹⁴ Tradução livre de: *"[...] la mente humana se activa accediendo a los mapas del cerebro mediante el lenguaje"*. (Ibid., p.197).

⁹⁵ Tradução livre de: *"Una de ellas es el miedo. Otra es la esperanza. Puesto que la esperanza supone proyectar el comportamiento en el futuro, está acompañada del miedo a no conseguir los objetivos. Como una de las características distintivas de la mente humana es la capacidad para imaginar el futuro, la esperanza es un ingrediente fundamental para activas los mapas cerebrales que motivan el comportamiento político orientado a conseguir el bienestar futuro como consecuencia de una actuación presente. Así pues, la esperanza es un componente clave para movilización política"*. (Ibid., p.207).

Em geral, as campanhas políticas manejam mensagens de esperança do candidato emissor da mensagem com mensagens de medo em relação à vitória do candidato oponente.

Dessa maneira, pode-se afirmar que as decisões políticas se processam a partir do próprio Eu na articulação de emoções e na capacidade cognitiva individual e particular. Portanto, informação e emoção se mesclam tanto na construção de mensagens quanto na decodificação dessa mensagem. As decisões mesclam o que os indivíduos sabem (informação) com o que sentem (situação emocional). E quando há um conflito agudo entre esses dois componentes, parece que o indivíduo tende a crer naquilo que deseja efetivamente crer. Quando isso acontece, o exame dos melhores argumentos que possam solucionar crises parece ser menos relevante do que a resposta emocional baseada em valores preestabelecidos.⁹⁶

Essa parece uma explicação robusta para o termo "pós-verdade". Em 2016, a *Oxford Dictionaries* (departamento da Universidade de Oxford), na Inglaterra, elegeu a palavra "pós-verdade" ("*post-truth*") como a palavra do ano em língua inglesa. O termo denota situações nas quais fatos objetivos têm menor impacto na modulação da opinião pública do que apelos emocionais a crenças (as redes sociais são campo fértil para a proliferação de pós-verdades).⁹⁷

Portanto, a tomada de decisões (também as políticas) acontece com base em avaliações racionais e valores processados a partir de estímulos do entorno comunicativo. Os entornos comunicativos que alcançam a sociedade em seu conjunto são produzidos pelos meios de comunicação. Em relação às escolhas e o meios de comunicação, existem

[...] três grandes processos que intervêm na relação entre os meios e as pessoas durante a emissão e recepção de notícias sobre as quais os cidadãos se percebem em relação com o mundo: o estabelecimento de agenda (*agenda setting*), a priorização (*priming*) e o enquadramento (*framing*).⁹⁸

⁹⁶ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.197.

⁹⁷ NUNES, Rizzatto. Pós-verdade, democracia e consumo. **Empório do Direito**, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/pos-verdade-democracia-e-consumo/>>. Acesso em: 21 jul.2017.

⁹⁸ Tradução livre de: "[...] tres grandes procesos que intervienen en la relación entre los medios y las personas durante la emisión y recepción de noticias sobre las que los ciudadanos se perciben en relación con el mundo: el establecimiento de la agenda (agenda setting), la priorización (priming) y el enmarcado (framing)". (CASTELLS, op. cit., p.216).

Esses processos influem na formação da opinião pública e no estabelecimento de agenda (relevância assinalada a um conjunto ou a um determinado assunto). A priorização é uma espécie de extensão da formação de agenda e se faz com que determinados aspectos de um assunto sejam determinantes para a formação da opinião política dos sujeitos. Por sua vez, o enquadramento é o processo no qual determinados aspectos são ressaltados e conexões entre eles são estabelecidas com a finalidade de promover dada interpretação. Esse enquadramento "[...] proporciona uma conexão direta entre mensagem, o cérebro receptor e a ação seguinte".⁹⁹ O enquadramento deixa vazios que a audiência completa com os esquemas pré-concebidos que estão em marcos (esquemas ou estruturas) estabelecidos na mente de cada indivíduo. Nesse manejo de marcos e contramarcos, é fundamental o fato de que "[...] as pessoas tendem a evitar a discrepância emocional e por isso buscam os meios que reafirmem seu ponto de vista".¹⁰⁰

Nesse sentido, marcos e contramarcos são capazes de construir e reconstruir significados para a tomada de decisão inclusive em ambientes democráticos com mecanismos de representação (como se verá em 3.3). Nesses casos,

[...] se é mantida a abertura do sistema político, se os grupos de pressão não controlam os cargos eletivos, se os partidos e governos não têm as mãos livres para manipular o sistema em benefício próprio, o povo livre e informado, confrontado seus pontos de vista sem obstáculos, se aproximará em última instância a um processo transparente de tomada comum de decisões. Isso não assegurará um bom governo, mas preservará a boa governança, com a possibilidade de retificar erros nas opções da maioria e respeitando os direitos das minorias.¹⁰¹

⁹⁹ Tradução livre de: "[...] proporciona una conexión directa entre el mensaje, el cerebro receptor y la acción siguiente". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.218).

¹⁰⁰ As razões para a Guerra entre Estados Unidos e Iraque defendidas pelo Governo Bush eram evidentemente falsas, mas que não foram contestadas pela opinião pública. As pessoas, segundo o autor, creem no que desejam crer e filtram as informações para adaptá-las aos seus juízos prévios. Ademais houve deliberada manipulação por parte do governo tanto de narrativas de combate ao terror quanto de imagens. (Ibid., p.227-259).

¹⁰¹ Tradução livre de: "[...] si se mantiene la apertura del sistema político, si los grupos de presión no controlan los cargos electos, si los partidos y gobiernos no tienen la manos libres para manipular el sistema en beneficio propio, el pueblo libre e informado, confrontando sus puntos de vista sin cortapisas, se acercará en última instancia a un proceso transparente de toma común de decisiones. Esto no asegurará el buen gobierno, pero preservará la buena gobernanza, con la posibilidad de rectificar posibles errores en las opciones de la mayoría y respetando los derechos de las minorías". (Ibid., p.257).

Portanto, na Era Informacional, é fundamental o papel da comunicação (compartilhamento de significados mediante intercâmbio de informação). Esse processo se define

[...] pela tecnologia da comunicação, pelas características dos emissores e dos receptores da informação e pelo alcance desse processo. O significado somente pode ser compreendido no contexto das relações sociais na quais se processam informação e comunicação.¹⁰²

Com relação ao entorno comunicativo e ao desenvolvimento de novos suportes comunicativos, é importante diferenciar comunicação interpessoal, comunicação social (ou comunicação de massa) e automunicação de massas.¹⁰³

A comunicação interpessoal é aquela na qual determinados emissores e receptores são sujeitos da comunicação e tem por característica ser interativa: mensagens são enviadas de A para B e vice-versa em um processo de retroalimentação.

Por sua vez, a comunicação de massa é aquela na qual o conteúdo da comunicação se difunde na sociedade e tem como principal característica ser unidirecional (de um emissor para diversos receptores). Até os anos Oitenta do século XX, as grandes ferramentas da comunicação de massas, rádio e televisão, funcionavam em suportes físicos específicos, sem interatividade e com quase nenhuma diversificação de conteúdo.

Atualmente, o suporte físico específico da comunicação de massa está em flagrante processo de modificação, especialmente pela difusão via Internet. Embora subsista na sociedade em rede a comunicação de massa, na atualidade, as novas tecnologias modificam esse panorama com o incremento da capacidade do envio de mensagens de muitos para muitos em tempo real.

Castells denomina essa nova forma de comunicação como autocomunicação de massas (o conteúdo da mensagem se difunde na sociedade, está sujeito a interações e rompe com a unidirecionalidade). Como exemplo, um vídeo postado em plataformas como YouTube pode ter audiência global, pode ser reproduzido em

¹⁰² Tradução livre de: "[...] por la tecnología de la comunicación, las características de los emisores y los receptores de la información, sus códigos culturales de referencia, sus protocolos de comunicación y el alcance del proceso. El significado sólo puede comprenderse en el contexto de las relaciones sociales en las que se procesan la información y la comunicación". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.86).

¹⁰³ Ibid., p.86-92.

outras plataformas, pode ser retransmitido para outros receptores e pode ser reeditado, além de receber comentários dos receptores. A explosão da autocomunicação de massas se relaciona intimamente com a expansão da internet móvel com acesso a partir de *smartphones*.¹⁰⁴

O reflexo disso na sociedade em rede são as novas potencialidades dos movimentos sociais, uma vez que

[...] as pessoas só podem desafiar a dominação conectando-se entre si, compartilhando sua indignação, sentindo o companheirismo e construindo projetos alternativos para si próprias e para sua sociedade como um todo. Sua conectividade depende de redes de comunicação interativas. Em nossa sociedade, a forma fundamental de comunicação horizontal em grande escala baseia-se na internet e nas redes sem fio. [...] Os movimentos sociais em rede de nossa época são amplamente fundamentos na internet, que é um componente necessário, embora não suficiente da ação coletiva.¹⁰⁵

A Pós-Revolução Francesa ratificou uma democracia procedimental a fim de que o alcance do bem comum se construísse por meio de debates sobre as diversas opções políticas para o desvelamento de uma racionalidade superior (a razão nos faria superiores enquanto as emoções nos aproximariam dos animais). No entanto, "[...] sabia-se e segue-se sabendo que este não é um mundo perfeito e que a conduta emocional contamina o reino da racionalidade".¹⁰⁶

A partir dessa constatação, desconfia-se, especialmente, da possibilidade de manipulação.¹⁰⁷ No entanto, a comunicação de massa não é uma perversão da democracia, mas condição de seu funcionamento – sociedades complexas como as contemporâneas necessitam de meios para se manter em alguma medida próximos

¹⁰⁴ "Muitos americanos agora recebem muitas das suas notícias das mídias sociais, e ao redor do mundo, Facebook tem se tornado central para a experiência das pessoas no mundo. É costume dizer que a 'revolução não será televisionada'; talvez sim ou talvez não, mas você pode estar certo que a revolução será 'tweetada' (#Revolution)". Tradução livre de: *"Most Americans now receive much of their News from social media. And all over the world, Facebook has become central to people's experience of the world. It used to be said that the 'Revolution Will Not Be Televised'; maybe or maybe not, but you can be pretty sure that the revolution will be tweeted (#Revolution)".* (SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton: Princeton University Press, 2017. [e-book]. p.2).

¹⁰⁵ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.170-171.

¹⁰⁶ Tradução livre de: *"[...] se sabía, y se sigue sabiendo, que éste no es un mundo perfecto y que la conducta emocional contamina el reino de la racionalidad"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.258).

¹⁰⁷ WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?: uma teoria crítica das novas mídias**. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012. p.35-49.

dos centros de decisão: "A comunicação de massa, com suas vantagens e seus inconvenientes, é inseparável do modelo de democracia de massa".¹⁰⁸

Relacionar cultura, redes e comunicação à inegável crise de representação e de soberania que atravessam os Estados faz crescer de importância o papel do espaço público. O próximo capítulo se ocupará do tema.

¹⁰⁸ WOLTON, Dominique. **Pensar a comunicação**. Tradução de Zélia Leal Adghirni. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p.198.

3 INFORMAÇÃO E ESFERA PÚBLICA: O PODER DA COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE

No capítulo anterior fez-se a relação entre os seguintes temas: a sociedade em rede, a globalização, o informacionalismo e a comunicação. Concluiu-se que a globalização contemporânea somente foi possível pela capacidade de conexão proporcionada pelas novas tecnologias; a forma de organização preponderante na contemporaneidade é a reticular; estamos frente a um novo modo de desenvolvimento no interior do capitalismo, o informacionalismo; a comunicação entre seres humanos geram culturas que são múltiplas formas de construções coletivas – na tensão dessa multiplicidade, protocolos comunicacionais devem ser desenvolvidos; a comunicação não é isenta de riscos, por isso, é necessária uma teoria que ressalte sua ligação com a democracia.

No presente capítulo, a fim de apresentar elementos sobre a construção de protocolos comunicacionais e sobre a (re)programação de redes a partir de valores construídos discursivamente na esfera pública, são abordados os seguintes temas: o poder e a esfera pública (3.1) e a democracia e a política informacional (3.2).

Quando Castells se refere à programação das redes, aproveita aportes das teorias de J. Habermas, especialmente, a ação comunicativa e o conceito de esfera pública. Tendo em vista a complexidade da teoria habermasiana, na primeira parte deste capítulo, faz-se uma breve análise de suas teorizações a fim de localizar a ideia de esfera pública dentre outros temas caros a Habermas.

Na segunda parte, examina-se como valores, construídos na esfera pública, são utilizados na programação de redes. Nesse sentido, são ressaltadas as conexões entre comunicação e política na Era Informacional. Conclui-se que violência não é suficiente para dominação; são necessários instrumentos discursivos e domínio sobre a circulação da informação para legitimar o poder. Fica evidente que há interesses no manejo e na gestão da informação – que se torna central na Era Informacional. Há disputa entre redes, uma vez que a robustez da rede é medida pela quantidade de informações que possui.

3.1 PODER E ESFERA PÚBLICA: VALORES E (RE)PROGRAMAÇÃO DAS REDES

3.1.1 Programação das redes e construção de valores na esfera pública: a compatibilidade da teoria reticular e a teoria da ação comunicativa

Apesar de flexível, a organização reticular não é caótica. Isso porque as redes são programadas para alcançar determinados objetivos a partir de determinados valores. Esses valores dependem de elementos culturais que se constroem discursivamente na esfera pública. Então, é necessária a definição de esfera pública e análise das suas peculiaridades na sociedade em rede. Nesse contexto, o tradicional conceito weberiano de poder parece não ser suficiente. Essas questões serão enfrentadas a seguir.

Michael Reder faz apontamentos sobre a relação entre espaço público e privado: já em Aristóteles se percebem referências ao fato dos cidadãos fazerem política juntos em uma união de cidadãos livres e iguais que devem participar ativamente da vida política naquilo que hoje se denomina espaço público ou sociedade civil; na modernidade, Thomas Hobbes e John Locke estabeleceram a separação entre Estado e sociedade civil – se ao Estado corresponde assegurar a paz e os direitos básicos, na sociedade civil se abre um espaço que permite aos cidadãos participarem da vida em comum; Hegel, por sua vez, desenvolve a ideia de espaço público político, no qual a sociedade burguesa é um âmbito importante junto ao Estado e ao espaço privado; no século XIX, Alexis de Tocqueville destaca a importância das associações livres para a democracia dos Estados Unidos e afirma que a democracia precisa de um livre jogo entre grupos diferentes no espaço público.¹⁰⁹ Reder destaca

¹⁰⁹ Destacam-se, outrossim, as teorizações de Hannah Arendt sobre o tema: "O termo 'público' denota dois fenômenos intimamente correlacionados mas não perfeitamente idênticos. Significa, em primeiro lugar, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade. [...] A presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos; [...]. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público; neste só é tolerado o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado. É claro que isto não significa que as questões privadas sejam geralmente irrelevantes; [...]. O amor, por exemplo, em contraposição à amizade, morre ou, antes, se extingue assim que é trazido a público. (*'Never seek to tell thy love / Love that never told can be*). Dada a sua inerente natureza extraterrena, o amor só pode falsificar-se e perverter-se quando utilizado para fins políticos, como a transformação ou salvação do mundo.

que, embora diferentes, todas essas teorias têm em comum a ideia de que, junto ao Estado e ao espaço privado, existe um terceiro elemento: o espaço público.¹¹⁰

Pérez Luño destaca a relevância dos movimentos sociais inscritos no espaço público e que utilizam como canais de comunicação as novas tecnologias da comunicação. Esses movimentos influenciaram inclusive países orientais (como Egito, Tunísia, Líbia e Síria), além de países ocidentais. Vozes como de Habermas reivindicam o protagonismo da esfera pública como instância na qual se poderão revitalizar os valores democráticos.¹¹¹

A fim de introduzir questões relacionadas à formação de valores na sociedade em rede, Manuel Castells se refere às teorizações de Habermas relacionadas à esfera pública bem como ao poder e à dominação. São esses elementos, na sociedade em rede, que definirão valores e instituições. A participação na esfera pública se faz por intermédio da comunicação. É a partir dela que se desenrolam as relações de poder.

O poder é a capacidade de um ator social influir de forma assimétrica nas decisões de outros atores sociais e se exerce mediante coação ou mediante a construção de significados partindo de discursos. Esses discursos acontecem na esfera pública. Nesse sentido, quanto maior é o papel da construção de significados em nome de interesses e valores específicos na hora de afirmar o poder uma relação, menos necessidade há de se recorrer à violência (legítima ou não).¹¹²

A chave da comunicação na esfera pública, para Habermas, é a orientação à obtenção de um consenso alcançado racionalmente a partir de um consenso e pretensões universalizantes obtidos numa condição ideal de fala, como bem descreve Pérez Luño:

[...] Em segundo lugar, o termo 'público' significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. Este mundo, contudo, não é idêntico a terra ou à natureza como espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica. Antes, tem a ver com o artefato humano, com o produto de mãos humanas, com os negócios realizados entre os que, juntos, habitam o mundo feito pelo homem. (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.59-62).

¹¹⁰ REDER, Michael. **Globalización y filosofía**. Tradução de Vicente Gómez. Barcelona: Herder Editorial, 2012. p.42-48.

¹¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.492-493, jul./dez. 2014.

¹¹² CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.35.

A ação comunicativa é orientada ao entendimento entre os homens. Esse entendimento requer uma argumentação baseada em razões porque, se as formas linguísticas fossem somente expressões de interesses egoístas, a comunicação seria impossível e a comunidade humana inalcançável. A comunicação é condicionada, em primeiro lugar, pela 'racionalidade comunicativa', quer dizer, pela experiência de que as eventuais discrepâncias daqueles que argumentam podem ser superadas sem o recurso à autoridade, à tradição ou à força, mas aportando motivos em favor de uma pretensão que se apoia com evidências e argumentos frente a sua eventual crítica. [...] A comunicação, enquanto forma de discurso prático, supõe a participação livre e igual daqueles que argumentam para alcançar o entendimento mútuo.¹¹³

Pode-se dividir a teoria de Habermas em quatro eixos: a mudança estrutural da esfera pública, o agir comunicativo, a ética do discurso e a teoria da democracia deliberativa. Esses eixos são entrelaçados pelos seguintes fundamentos: a concepção paradigmática da filosofia e a teoria do consenso (teoria do discurso da verdade).¹¹⁴ A fim intercalar a teoria de Habermas com a ideia de rede, seguem alguns apontamentos sobre os fundamentos e eixos da filosofia de Habermas.

A concepção paradigmática de Habermas tem por fundamento as teorizações de Tomas Kuhn acerca do caráter descontínuo da ciência (a ciência é mais do que evolução; ela é revolução, ou seja, move-se em saltos qualitativos). Uma crise paradigmática leva a mudanças e a novas verdades científicas, o que redundará na produção de novo paradigma. Habermas aponta como paradigmas filosóficos: o paradigma do Ser (preponderante da Antiguidade até a Idade Média), cujo principal axioma é a possibilidade de captar a essência do Ser; o paradigma da Consciência (Século XVII até 1960), no qual importam a razão e o sentido a partir da perspectiva do sujeito; e o paradigma da Linguagem que tem por fundamentos as ideias de que o ser humano é um complexo sistema de comunicação, que a linguagem é condição de

¹¹³ Tradução livre de: *"La acción comunicativa se halla orientada al entendimiento entre los hombres. Ese entendimiento requiere una argumentación basada en razones, porque si las formas lingüísticas fueran sólo expresiones de intereses egoístas, la comunicación sería imposible y la comunidad humana inalcanzable. La comunicación se halla condicionada, en primer término, por la "racionalidad comunicativa", es decir, por la experiencia de quienes argumentan de que sus eventuales discrepancias pueden ser superadas sin el recurso a la autoridad, a la tradición o a la fuerza, sino aportando motivos en favor de una pretensión y apoyándola con evidencias y argumentos frente a su eventual crítica. [...] La comunicación, en cuanto forma de discurso práctico, supone la participación libre e igual de quienes argumentan para alcanzar el entendimiento mutuo"*. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.40-41).

¹¹⁴ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.19.

possibilidade do conhecimento e que os consensos são formulados argumentativamente (as principais teorias desse paradigma são a razão comunicativa de Habermas, a razão sistêmica de Luhmann e a razão hermenêutica de Gadamer).¹¹⁵

No contexto do paradigma da linguagem, Habermas aponta para a necessidade da teoria do consenso por conta dos dissensos acerca da verdade ou falsidade das proposições na esfera pública. Esses dissensos são inerentes à complexidade das relações (humanas ou institucionais). O autor percebe que ações são realizadas por meio da fala (o discurso não apenas descreve o mundo, mas o modifica). Conclui que a linguagem tem relevância para a construção e manutenção das ordens sociais. Esse é o segundo fundamento de suas teorizações.

Todavia, Habermas precisa resolver o seguinte problema: algo não é necessariamente verdadeiro porque se chegou a um consenso (por exemplo, não é porque todos acreditem em Deus que Deus existe), ou seja, algo pode ser falso ou verdadeiro independentemente da opinião da maioria. Para resolver isso, Habermas propõe uma teoria da verdade em dois níveis, explicados por Reese-Schäfer¹¹⁶ pelo conceito de aposta: no primeiro nível, formula-se o conteúdo da aposta (plano semântico) – existência de Deus, por exemplo. No segundo nível, por meio de um consenso, os apostadores colocam as regras (critérios) para decisão (plano formal). Obviamente, para além de uma mera aposta entre dois sujeitos, a teoria da verdade inclui um consenso de todos os seres racionais no presente e no futuro. Nesse contexto, Habermas introduz o conceito de situação ideal de fala com quatro características.¹¹⁷

Em primeiro lugar, na esfera pública, todos os participantes potenciais de um discurso devem ter igual oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de modo que a qualquer momento possam tanto iniciar um discurso como perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas.

Nesse contexto, a segunda característica da situação ideal de fala é que deve haver distribuição equitativa dos direitos de comunicação (todos os participantes no

¹¹⁵ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p.22-27.

¹¹⁶ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.22.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.143-223.

discurso devem ter igual oportunidade de formular interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificativas, de problematizar, fundamentar ou refutar sua pretensão de validade, de modo que nenhum prejulgamento se subtraia a longo prazo da tematização e da crítica).

O terceiro ponto é a autenticidade: para o discurso admitem-se apenas falantes que, como agentes, tenham oportunidades iguais de empregar atos da fala representativos, isto é, de expressar suas posições, sentimentos e desejos, pois somente a concordância recíproca dos universos de expressão individual e simetria complementar entre proximidade e distância nos contextos de ação garantem que os agentes, também como participantes no discurso, sejam também verídicos uns com os outros e tornem transparente sua natureza interior.

E o último ponto é a não violência: para o discurso só se admitem falantes que, como agentes, tenham a mesma oportunidade de empregar atos de fala reguladores, isto é, de mandar e opor-se, de permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de prestar e pedir contas, pois somente a reciprocidade plena das expectativas de comportamento, que excluem privilégios no sentido de norma de ação e valoração que só obrigam unilateralmente, pode garantir que a distribuição formal uniforme das oportunidades de iniciar e continuar uma discussão seja empregada, também, faticamente para deixar em suspenso as coações da realidade e passar para a dimensão comunicativa do discurso, dimensão livre da experiência da obrigação da ação.

Essas são as precondições para uma compreensão procedimental da verdade. Habermas, no entanto, reconhece que, em situações empíricas, não podemos jamais estar seguros se essas condições se realizaram ou se estamos agindo por coação e fazendo um discurso aparente. Enquanto alguns autores consideram este o ponto fraco da teoria de Habermas, Reese-Schäfer entende ser seu ponto forte, pois deixa clara a impossibilidade de uma objetividade total (como aquela associada à teoria da verdade por correspondência de Aristóteles).¹¹⁸

Assim, a teoria do consenso não pode chegar a uma verdade metafísica última, mas apenas à compreensão reflexiva possível em cada nível, falível e sempre

¹¹⁸ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.25.

provisória: o conceito substancial de verdade se transforma num conceito de procedimento e aceitabilidade.¹¹⁹

A partir desses fundamentos se pode compreender a ideia de esfera pública proposta por Habermas (primeiro eixo de sua teoria): é a dimensão na qual os assuntos públicos são discutidos pelos atores públicos e privados. Tal processo culmina na formação da opinião pública, que, por sua vez, age como uma força oriunda da sociedade civil em direção aos governos no sentido de pressioná-los de acordo com seus anseios:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura *comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo [...].¹²⁰

No entanto, Habermas expõe a história da esfera pública como processo de decadência.¹²¹ No início do capitalismo, a esfera pública é caracterizada pelo acesso livre, universal e desimpedido do público, pela publicidade e pela crítica ao Estado autoritário e pela autodecisão autônoma do cidadão. Não pode ser apurada individualmente, mas somente no interior de uma práxis comunicacional comum.

Passa pelas reuniões em cafés e salões burgueses, pelo início da imprensa e literatura do início do Iluminismo, pelas lojas maçônicas e sociedades secretas iluministas e origina um sistema de garantias (liberdade de opinião, de expressão,

¹¹⁹ Reese-Schäfer, no entanto, aponta para a revisão desse conceito efetuada por Habermas em "Verdade e Justificação", no qual aponta para a importância da argumentação na procura de uma verdade além de toda situação real possível (algo como a coisa em si kantiana, que sempre permanece exterior ao nosso conhecimento). A filosofia da linguagem de Habermas se voltou aos problemas clássicos da verdade excedente. No entanto, segundo o autor, no campo da pragmática, a verdade como procedimento permanece como base à teoria de Habermas (REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.28-29). Na obra de Habermas, "A Inclusão do outro", Habermas acolhe uma concepção cognitiva, supondo que questões valorativas possam ser apreciadas com o emprego de argumentos. Para ele, os valores não são fruto de mera escolha pessoal, podendo-se falar em racionalidade no âmbito dos valores. Nesse sentido, racional seria aquele que emprega postura reflexiva, confrontando sua atuação com regras gerais de agir. (HABERMAS, Jürgen. **A incluso do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.89-116).

¹²⁰ Id. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2. p.92.

¹²¹ Id. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.207-212.

imprensa, reunião, associação, voto, eleição, além da proteção da esfera íntima da família, igualdade perante a lei, proteção à propriedade etc.). Nesse primeiro momento já possível distinguir a sociedade burguesa (sociedade das pessoas privadas enquanto cidadãos econômicos) e esfera pública (sociedade dos cidadãos políticos, mediadora entre sociedade burguesa e o Estado – política em sua função; privada em sua composição).¹²²

Todavia, com a evolução capitalista dá-se a institucionalização da esfera pública: os instrumentos do público (imprensa, partidos), a base da autonomia privada (família, propriedade), funções das pessoas privadas (políticas, econômicas e humanas) são institucionalizadas. Disso decorre que, com o desenvolvimento do capitalismo, a esfera pública se decompõe (as empresas se organizando em cartéis e os trabalhadores em sindicatos); o Estado social no início do século XX corrói a separação entre público e privado; a indústria cultural inicia sua atuação; o Estado providência encobre a separação entre Estado e sociedade.¹²³ Em suma: a decadência da esfera pública teve início na sujeição à lógica do poder econômico e na substituição da publicidade por estratégias de propaganda sociopsicologicamente calculadas.¹²⁴

A teoria do agir comunicativo é outro eixo da teoria habermasiana: "resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta".¹²⁵

A teoria do agir comunicativo tem por base a diferenciação entre os seguintes processos de agência: o agir teleológico (orientado a uma finalidade, à realização de um objetivo; é o agir estratégico da teoria dos jogos, da teoria da decisão na economia, sociologia e psicologia social); o agir normativo (refere-se a grupos que orientam sua ação em valores comuns, nos quais a obediência à norma é esperada de todos os membros – serve de base à teoria dos papéis de Durkheim e Parsons); o agir dramático (reporta-se à autorrepresentação expressiva diante de um público); e o agir comunicativo (entendimento discursivo entre sujeitos capazes de falar e agir,

¹²² HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.27-41.

¹²³ Ibid., p.99-109.

¹²⁴ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.32-33.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1. p.19.

orientado ao entendimento com suas pretensões de inteligibilidade, verdade e correção normativa)¹²⁶: "A crítica aos fundamentos da teoria weberiana da ação [...] me conduziu a uma alternativa que exige uma mudança de paradigma: passar do paradigma da ação teleológica ao da ação comunicativa".¹²⁷

Segundo a teoria do agir comunicativo, quem age comunicativamente relativiza suas enunciações diante da possibilidade de que a validade dela seja contestada por outros atores. Isso pressupõe o reconhecimento dos outros participantes na comunicação (pois possibilita abordagens diversificadas, que, de outra forma, seriam desconsideradas ou suprimidas):

Os que agem comunicativamente encontram-se numa situação que eles mesmos ajudam a construir através de suas interpretações negociadas cooperativamente [...]. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem. Podemos dar forma abstrata e perene a essa estrutura espacial de encontros simples e episódicos, fundada no agir comunicativo, e estendê-la a um grande público de presentes. Existem metáforas arquitetônicas para caracterizar a infraestrutura de tais reuniões, organizações, espetáculos, etc.: empregam-se geralmente os termos "foros", "palcos", "arenas", etc. [...] Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença de leitores situados em lugares distantes, de ouvintes e espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.¹²⁸

São pretensões de validade do agir comunicativo: i) a inteligibilidade da expressão (quem fala pressupõe entendimento por parte do interlocutor); ii) verdade do conteúdo proposicional (no paradigma do ser, verdade é a correspondência do que eu penso e do que a coisa é; no paradigma do sujeito, Kant refere-se a uma desvio – a verdade estaria nas formas *a priori* da razão; no paradigma da linguagem, verdade é a combinação – consenso do sujeitos racionais); iii) correção (quem fala tem que admitir que o outro possa falar – aqui não se discute se a demanda é justa, mas se discute o procedimento); iv) veracidade do falante (refere-se à intenção da

¹²⁶ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.46-48.

¹²⁷ Tradução livre de: "*La crítica a los fundamentos de la teoría weberiana de la acción [...] me ha conducido a una alternativa que exige un cambio de paradigma: pasar del paradigma de la acción teleológica al de la acción comunicativa*". (HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1999. p.433).

¹²⁸ REESE-SCHÄFER, op. cit., p.93.

honestidade da fala, pois a mentira inviabiliza o consenso). Essas pretensões são ditas racionais porque exigem a pressuposição de que o parceiro no diálogo age racionalmente (até prova em contrário).¹²⁹

Metodologicamente, Habermas trabalha com uma teoria das ações (que podem ser atribuídas aos sujeitos) ou uma teoria do sistema (que parte de estruturas)? Segundo Reese-Schäfer¹³⁰, Habermas pretende ligar ambas entre si, pois no centro da análise não estão mais os motivos e orientações dos sujeitos individuais, mas o mundo que Habermas chamou de mundo da vida: a partir dos sujeitos participantes da ação, a sociedade é o mundo da vida de um grupo social; é a rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; é prática comunicativa cotidiana. O mundo da vida tem por pressupostos a linguagem, a cultura e as estruturas da personalidade. É a fonte das interpretações e do saber. A partir da perspectiva dos observadores, a sociedade é um sistema de ações.¹³¹ Quanto maior for a complexidade da sociedade, tanto maior será a pluralização de formas de vida, então, a forma de estabilizar a validade de uma ordem social é por meio do agir comunicativo.

Habermas também desenvolve uma ética do discurso (procedimentos de entendimento entre iguais). O resultado desse procedimento seria considerado "justo". Na ética do discurso, Habermas identifica os princípios morais realmente irrenunciáveis que devem ser a base de toda convivência humana: i) o reconhecimento do outro; ii) não coação da comunicação; iii) a disposição para a solução de problemas; iv) fundamentação de normas através do discurso livre e igual.¹³²

Tendo em vista a ética do discurso, Habermas afirma que a filosofia do sujeito é insuficiente porque apenas o EU é interpretado como centro das escolhas entre as possibilidades de ação. Por detrás do sujeito é possível reconhecer sempre a sociedade (não é a comunidade atual, mas as vozes da comunidade maior do passado e do futuro). Desta maneira, todo *eu* está integrado num universo de discurso que permite ao sujeito de uma comunidade, num determinado conflito, ocupar um

¹²⁹ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.47.

¹³⁰ Ibid., p.55-56.

¹³¹ Ibid., p.54-58.

¹³² LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p.103-107.

lugar para além da ordem vigente, de modo que eles possam também alcançar um consenso sobre costumes modificados e sobre redefinição de valores¹³³:

[...] o acordo alcançado comunicativamente deve ser apoiado em última instância em razões. [...] Chamo argumentação ao tipo de fala na qual os participantes tematizam as pretensões de validade que são duvidosas e tratam de recusá-las ou não por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com a pretensão de validade da manifestação ou emissão problematizadas. [...] A possibilidade de fundação das emissões ou manifestações racionais responde, por parte das pessoas que se comportam racionalmente, a disponibilidade à exposição à crítica e, em caso necessário, a participar formalmente em argumentações.¹³⁴

O último eixo da teoria de Habermas se relaciona à democracia deliberativa que visa revalorizar a esfera pública ao desenvolver procedimentos em cuja observância uma decisão pode ser considerada democrática. Soberania do povo é procedimento da formação discursiva da opinião e da vontade.¹³⁵ Todavia, reconhece, as correntes de comunicação não se deixam organizar completamente. Portanto, a esfera pública

¹³³ Para Reese-Schäfer, quando Habermas diz que a ética do discurso deve abrir mão de contribuições substanciais próprias, a fim de que os envolvidos possam encontrar por conta própria respostas para questões prático-morais, ele afastaria considerações substancialistas da esfera da filosofia. Em vista de problemas fundamentais como fome no Terceiro Mundo, tortura nos Estados que abusam dos direitos humanos, desemprego nos países desenvolvidos e armamento atômico, Habermas admite que sua percepção restritiva da ética filosófica talvez seja uma decepção, mas afirma que ela é um aguilhão: a filosofia não tira de ninguém a responsabilidade prática. Habermas considera que, em questões prático-morais de grande complexidade, primeiro é necessário um quadro claro da situação e, para isso, os historiadores e os sociólogos podem contribuir mais do que os filósofos. Apesar disso, para Reese-Schäfer, faltaria a ligação entre as fundamentações gerais da teoria habermasiana e as questões de justiça, de política, do direito e do Estado. Por outro lado, essa mesma teoria tem o mérito de revelar que "a capacidade potencial do conceito de discurso revela-se no fato de que todos os processos políticos e democráticos de formação da vontade dificilmente são concebíveis sem momentos de discurso". (REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.80).

¹³⁴ Tradução livre de: "[...] *el acuerdo alcanzado comunicativamente ha de apoyarse en última instancia en razones. [...] Llamo argumentación al tipo de habla que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas. [...] A la susceptibilidad de fundamentación de las emisiones o manifestaciones racionales responde, por parte de las personas que se comportan racionalmente, la disponibilidad a exponerse a la crítica y, en caso necesario, a participar formalmente en argumentaciones*". (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1999. p.36-37).

¹³⁵ Id. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2. p.18-25.

está exposta aos efeitos do poder social, da violência estrutural e da distorção da comunicação. A fim de poder exercer uma pressão real sobre o poder político é necessária a dramatização e intensificação de sua incidência por meio dos movimentos sociais e outros grupos da sociedade civil. Nesse contexto, Habermas

[...] atribui à linguagem coloquial e à inteligibilidade da comunicação um significado democrático totalmente elementar. A linguagem precisa ter força de mobilização e, ao mesmo tempo, corre o perigo de desenvolver também traços demagógicos. Habermas vê o perigo da manipulação. Objeta porém que, apesar de toda a possibilidade de manipulação, a ampla opinião pública não é publicamente corruptível, nem publicamente chantageável. Seu caráter espontâneo, nos moldes do mundo da vida, proporciona-lhe uma certa proteção e, ao menos de forma latente, ela contém meios de resistência.¹³⁶

Castells afirma que o processo descrito por Habermas, na sociedade em rede, é a chave para permitir que o Estado estabeleça o exercício da dominação. A legitimação da dominação depende do consentimento obtido mediante a construção de significados compartilhados na esfera pública. A esfera pública pode ser entendida como uma rede para comunicar informações e pontos de vista e que pode garantir a democracia. Na esfera pública se articulam diferentes interesses e valores em uma rede comunicativa. Nesse sentido "[...] o acesso constitucional à capacidade de coação e o acesso aos recursos comunicativos que permitem coproduzir significados se complementam na hora do estabelecimento de relações de poder".¹³⁷

Na sociedade em rede, é essencial descobrir onde está o poder, uma vez que o conceito de poder tradicional parece ter perdido sua capacidade explicativa. Não faz mais sentido entender o poder apenas como a capacidade relacional para impor a vontade de um ator sobre a de outro com base na capacidade estrutural de dominação integrada nas instituições da sociedade.¹³⁸

¹³⁶ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p.102.

¹³⁷ Tradução livre de: "[...] *el acceso constitucional a la capacidad de coacción y el acceso a los recursos comunicativos que permiten coproducir significados se complementan a la hora de establecer relaciones de poder*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.36).

¹³⁸ Ibid., p.74.

3.1.2 O poder na sociedade em rede e a informação: cooperação ou competição

Ao analisar a estrutura do poder na sociedade em rede, Castells aponta quatro formas de poder: poder para conectar em rede (*networking power*), poder da rede (*network power*), poder em rede (*networked power*) e poder para criar redes (*network-making power*).¹³⁹

O poder para conectar em rede é o poder dos atores incluídos em dada rede para incluir ou excluir outros atores nessa mesma rede. As redes utilizam os *gatekeepers*, ou seja, filtros que são ativados nos processos de inclusão e exclusão das redes. Nós que não são úteis ao atingimento do objetivo de dada rede são eliminados e a rede é reconfigurada. Por isso, uma das características das redes é a plasticidade.

Por sua vez, o poder da rede é a imposição de protocolos de comunicação obrigatórios a todos os nós da rede (mesmo que favoreçam apenas aos atores sociais que originaram essa rede) – um exemplo típico é o poder da rede com o Consenso de Washington, que impôs determinados protocolos à rede econômica mundial.

O poder em rede é aquele ostentado por atores das redes dominantes nos seguintes termos: na sociedade em rede, cada rede define suas próprias relações de poder para atingir as suas metas programadas; portanto, na sociedade em rede não há uma única fonte de poder (embora haja redes dominantes devido ao processo de cooperação e competição das redes). Nesse sentido, é possível afirmar a complexidade da pluralidade de centros de poder:

Afirma-se que a tomada de decisões políticas depende dos meios de comunicação, mas esses constituem um terreno plural, ainda que influenciado em termos ideológicos e políticos [...]. Enquanto a classe capitalista possui certo poder, mas não o poder sobre todas as pessoas e coisas, já que tem uma grande dependência tanto das dinâmicas autônomas dos mercados globais quanto das decisões dos governos em termos de regulações e políticas. Finalmente, os próprios governos estão conectados em redes complexas de governança global imperfeita, condicionados pelas pressões de grupos empresariais e de interesse, obrigados a negociar com os meios

¹³⁹ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.72-78.

de comunicação, que traduzem as ações governamentais aos cidadãos, e periodicamente atacados por movimentos sociais e manifestações de resistência [...]. Em suma, os estados, inclusive os mais poderosos, têm algo de poder (em geral, destrutivo), mas não O Poder.¹⁴⁰

Por fim, não se pode passar ao largo da lógica essencial das novas relações de poder na sociedade em rede: o poder para criar redes. Isso depende de dois conjuntos atores: primeiro, os programadores (*programmers*), que detêm a capacidade para construir redes e de programá-las; segundo, os conectores (*switchers*), que detêm a capacidade para conectar diferentes redes, evitando competição e garantindo cooperação – não se tratam necessariamente de atores sociais individuais, mas vários atores que interagem em rede. Isso acontece tendo em vista que o exercício do poder requer ações conjuntas.

A ideia da programação (e reprogramação) das redes é central para as teorias reticulares, uma vez que são "as ideias, as visões, os projetos e os marcos que geram os programas. Esses são materiais culturais".¹⁴¹ Nesse contexto, a cultura está incorporada nos processos de comunicação. Portanto, o princípio do controle das redes é o controle da comunicação e persuasão:

Dito de outra maneira, o processo de comunicação na sociedade, nas organizações e nas redes que se encarregam desse processo, são os âmbitos decisivos nos quais se criam os projetos de programação e se formam os apoios destes projetos. São os âmbitos de poder na sociedade em rede.¹⁴²

¹⁴⁰ Tradução livre de: "[...] Se dice que la toma de decisiones políticas depende de los medios de comunicación, pero éstos constituyen un terreno plural, aunque sesgado en términos ideológicos y políticos [...]. En cuanto a la clase capitalista, sí posee cierto poder, pero no el poder sobre todas las personas y las cosas, ya que tiene una gran dependencia tanto de las dinámicas autónomas de los mercados globales como de las decisiones de los gobiernos en términos de regulaciones y políticas. Finalmente, los propios gobiernos está conectados en redes complejas de gobernanza global imperfecta, condicionados por las presiones de los grupos empresariales y de interés, obligados a negociar con los medios de comunicación, que traducen las acciones gubernamentales a su ciudadanía, y periódicamente atacados por movimientos sociales y manifestaciones de resistencia [...]. En suma, los estados, incluso los más poderosos, tienen algo de poder (por lo general, destructivo), pero no El Poder". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.75).

¹⁴¹ Tradução livre de: "[...] las ideas, las visiones, los proyectos y los marcos los que generan los programas. Éstos son materiales culturales". (Ibid., p.77).

¹⁴² Tradução livre de: "Dicho de otra manera, el proceso de comunicación en la sociedad, y las organizaciones y redes que se encargan de este proceso, son los ámbitos decisivos en los que crean los proyectos de programación y se forman los apoyos de estos proyectos. Son los ámbitos de poder en la sociedad red". (CASTELLS, loc. cit.).

Assim, além dos programadores, os conectores (*enlaces* ou *switchers*) são outra fonte de poder nas redes, pois viabilizam a comunicação entre as diferentes redes (a título de exemplo, podem ser citadas as conexões entre redes empresariais e redes midiáticas para produzir discursos ideológicos ou relações entre redes religiosas e políticas a fim de promover o discurso religioso).

Castells, no entanto, espera uma interpretação cuidadosa de teoria e rechaça veementemente a conclusão de que havia uma espécie de elite a manipular o poder. Para o autor, operações de programação e conexão de redes se dão sob sistemas de comunicação e negociação. Ademais, para viabilizar a conexão entre as redes são necessários objetivos compatíveis entre elas. Logo, na sociedade em rede, são múltiplas as fontes de poder, o que imprime a esse modelo dinamismo e o afasta do modelo piramidal. A partir do exposto, conclui que o poder para criar redes é o poder supremo da sociedade em rede.¹⁴³

A multiplicidade de fontes de poder e o dinamismo gerado por essa multiplicidade fazem com que poder e contrapoder interajam na sociedade em rede. Dessa maneira, ao lado de processos de dominação coexistem processos de resistência por meio de programação e conexão entre redes de excluídos das redes dominantes. Isso implica a importância da ação coletiva dos movimentos sociais, que detêm a possibilidade de a) introduzir novos programas nas redes dominantes ou b) modificar o núcleo essencial da programação.

Em relação à introdução de novos programas, como exemplo,

[...] uma nova instrução nas redes financeiras globais poderia ser que, em certas condições de pobreza extrema, a dívida externa de alguns países fosse perdoada [...]. Outro exemplo de novos códigos nas redes financeiras globais é o projeto para avaliar o capital social das companhias segundo sua deontologia socioambiental ou seu respeito aos direitos humanos com a esperança de que isto repercuta finalmente na atitude dos investidores e dos intervencionistas em relação às empresas consideradas boas ou más cidadãos no planeta. Nessas condições, o código de cálculo econômico muda de crescimento potencial para crescimento sustentável potencial.¹⁴⁴

¹⁴³ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.78.

¹⁴⁴ Tradução livre de: *"Por ejemplo, una nueva instrucción en las redes financieras globales podría ser que, en ciertas condiciones de pobreza extrema, la deuda externa de algunos países fuera condonada [...]. Otro ejemplo de nuevos códigos en las redes financieras globales es el proyecto para evaluar el capital social de las compañías según su deontología medioambiental o su respeto a los derechos humanos con la esperanza de que esto repercuta finalmente en la actitud*

No segundo caso (modificação do núcleo essencial da programação), os movimentos de resistência tentam modificar padrões fundamentais de programação da rede. Por exemplo, quando fundamentalistas religiosos se organizam para modificar redes institucionais que formam o sistema legal a fim de que as decisões se deem com base não na constituição política, mas na vontade de Deus. Nesse caso, a reprogramação da rede é radical.

Além da atuação na reprogramação das redes, outro mecanismo de resistência é o bloqueio dos pontos de conexão entre redes. Exemplo é a tentativa de bloqueio da conexão entre redes empresariais e o sistema político por meio da regulação de financiamento de campanhas. No entanto, existe também a possibilidade de bloqueio físico que afeta a estrutura material da sociedade em rede: "ataques físicos e psicológicos ao transporte aéreo, às redes informáticas, aos sistemas de informação ou às redes de serviço".¹⁴⁵

Na atualidade, o desafio do terrorismo é muito relevante, uma vez que poderia desestabilizar as conexões materiais para desorganizar a vida cotidiana das pessoas de maneira que organização de redes de segurança se torne necessária. O tema da segurança das redes, no entanto, não se restringe ao terrorismo, mas à proteção da informação e intimidade, tendo em vista os diversos interesses dos atores sociais (como se evidenciará quando da análise da Audiência Pública no capítulo final deste trabalho).

Em relação ao tema do poder, não se podem olvidar determinadas expressões de poder que têm influência na estrutura social, em especial, a questão da exclusão digital (há países com menor acesso à banda larga, bem como com deficiências pedagógicas em relação ao manejo digital, dentre outros problemas).

Portanto, há relações de poder subjacentes ao (sub)desenvolvimento que podem ampliar a dominação por classe, raça, etnia, idade ou sexo. Apesar disso, os

de los inversores y los accionistas respecto a las empresas consideradas buenas o malas ciudadanas del planeta. En estas condiciones, el código de cálculo económico cambia de crecimiento potencial a crecimiento sostenible potencial". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.79).

¹⁴⁵ Tradução livre de: "[...] los ataques físicos y psicológicos al transporte aéreo, a las redes informáticas, a los sistemas de información o a aquellas redes de servicios de las que depende la vida de la sociedad en el sistema interdependiente, altamente complejo, que caracteriza al mundo informacional". (Ibid., p.80).

reflexos da globalização e da sociedade em rede atingem todos os países e têm influência nas condições de vida individuais.¹⁴⁶

Também, a relação entre mercado e Estado tem gerado novos desafios:

A crescente influência das empresas do setor dos meios de informação e comunicação sobre as instituições públicas reguladoras pode colocar a revolução das comunicações a serviço dos interesses empresariais. A influência do setor de publicidade nas empresas de comunicação mediante a transformação das pessoas em audiência medível tende a subordinar a inovação cultural e o prazer do entretenimento ao consumismo comercial.¹⁴⁷

Um dos problemas centrais das novas tecnologias da informação é que a privacidade se perdeu em meio a *cookies* (arquivos enviados por sites ao computador do internauta durante a navegação que armazenam informações sobre a navegação e que podem ser recuperados posteriormente pelo site que o enviou) enquanto as burocracias governamentais reduzem a liberdade de expressão.

Todavia, ao lado de problemas, as novas tecnologias têm possibilitado avanço de projetos, defesa de interesses e reafirmação de valores. Parece haver, inclusive, um movimento social e político de controle dos cidadãos sobre os controladores da comunicação. Nesse sentido, a sociedade em rede não é um campo neutro; ao contrário, é um campo de conflito.

Recolhendo o exposto até o momento, pode-se afirmar que, historicamente, as fontes de poder social são violência e discurso, coação e persuasão, dominação política e concepções culturais. A modificação decisiva na atualidade é a articulação entre o local e o global e a organização em rede viabilizada pelas novas tecnologias. Há relações específicas de poder em cada rede, no entanto, o comum a todas elas é a possibilidade de exclusão. A forma de exclusão que prevalece é "a inclusão do

¹⁴⁶ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre internet, negócios e sociedade. Tradução de Rita Espanha. Coord. José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.287-313.

¹⁴⁷ Tradução livre de: "*La creciente influencia de las empresas del sector de los medios de información y comunicación sobre las instituciones públicas reguladoras puede poner la revolución de las comunicaciones al servicio de los intereses empresariales. La influencia del sector de la publicidad en las empresas de comunicación mediante la transformación de las personas en audiencia medible tiende a subordinar la innovación cultural o el placer del entretenimiento al consumismo comercial*". (Id. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.91).

valioso no global enquanto se exclui o local desvalorizado".¹⁴⁸ Existe, portanto, uma contraposição entre espaço de fluxos (global) e espaços de lugares (local). Então, a estrutura espacial é também fonte de relações de poder em rede.¹⁴⁹

No entanto, na sociedade em rede, a tensão entre global e local não se resume ao espaço, mas também ao tempo, uma vez que o tempo, no espaço de fluxos, é atemporal. Nesse tempo atemporal, a história e as identidades se dissolvem enquanto o tempo do taylorismo segue sendo o tempo dos trabalhadores. E esse é um campo prenhe de conflitos.

Quanto ao poder, Castells ressalta que o monopólio da violência por parte do Estado não é suficiente para dominação. É necessária a conexão em rede com outros Estados e com outras redes que formatam as práticas sociais para garantir a dominação estável por meio de negociações. Por isso, as redes processam e alimentam seus programas a partir de materiais culturais construídos no terreno discursivo. A partir desse material, são elaborados os valores daquela rede.

A conexão entre redes aponta para a necessidade de elaboração de protocolos de comunicação. Esses protocolos de comunicação não estão necessariamente nas mãos do Estado. No modo de produção capitalista, a construção de protocolos eficientes depende de dinheiro de outras moedas de troca, como poder político. Assim, o poder de gerar conexões varia a partir da disponibilidade de valor de cada rede.

¹⁴⁸ Tradução livre de: "[...] *la inclusión de todo lo valioso en lo global mientras que se excluye lo local devaluado*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.82).

¹⁴⁹ Questões sobre a relação entre redes sociais e espaço público têm sido levantadas. Massimiliano Mezzanotte analisou decisão da Justiça Italiana que definiu o Facebook como um "lugar aberto ao público" (isso, em termos tradicionais, significa um lugar fisicamente separado do externo, cujo é acesso é regulado por aqueles que detêm a propriedade que pode ser totalmente livre ou liberado sob certas condições). Afirma o autor que o Facebook seria uma espécie de ágora virtual, uma praça imaterial possível pelas novas tecnologias, e que não poderia ter sido imaginada pelo legislador. Todavia, apesar de não previstas pela lei, as redes sociais portariam a forma de uma agregação e de uma comunidade social (conformes ao direito tradicional). O Facebook (e a internet) seria "lugares" nos quais a pessoa pode se exprimir de forma singular ou coletiva. Dessa maneira, as redes sociais podem incrementar de maneira revolucionária o direito de reunião. Mas a regulação do mundo virtual é uma questão desafiadora, no momento em que o acesso à internet parece ser uma condição à democracia, mas, ao mesmo tempo, pode mitigar a autonomia do sujeito. Ainda não é claro se as redes sociais devem ser reguladas pelos Estados ou devem estar sujeitas a uma espécie de autorregulação. Essas dúvidas e incertezas somente serão solucionadas a partir de novas categorias do direito que ainda carecem de desenvolvimento. (MEZZANOTTE, Massimiliano. Facebook come "luogo aperto al pubblico". **Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. – Focus Comunicazione, Media e Nuove Tecnologie**, n.2, p.2-17, 2006. Disponível em: <<http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=32761&dpath=document&dfile=20112016194529.pdf&content=%3Ci%3EFacebook%3C/i%3E+come+%27luogo+aperto+al+pubblico%27+-+stato+-+dottrina+-+>>>. Acesso em: 22. Jul. 2007).

Além da capacidade de gerar valor, a capacidade de programação de rede também é fonte de poder. Os discursos na esfera estatal e na esfera pública marcam os lindes da atuação de determinada rede, pois deles vêm os objetivos e valores de cada rede. Por isso, afirma Castells, comunicação é poder.

As redes são programadas a partir de um conjunto de valores. Esses valores são "o que as instituições dominantes da sociedade decidem o que sejam".¹⁵⁰ Dada a multidimensionalidade das redes, redes de diferentes classes criam valores diferentes (por exemplo, rentabilidade para o capitalismo; poder militar e controle da mídia para determinados Estados). Logo, o valor é uma expressão do poder – e isso sempre foi assim (mesmo nas sociedades hierarquizadas). O que se modifica na sociedade em rede é o alcance global da estrutura em rede com base na interação e flexibilidade.

A lógica de criação de valor, na sociedade em rede atual, também é global. Logo, atores em nível local terão dificuldades para participar da definição de valores. Esse é o ponto essencial da crise do Estado-nação:

Como o Estado-nação somente pode impor suas regras em seu território, exceto em caso de alianças ou invasão, tem que converter-se em império ou tomar parte de uma rede para relacionar-se com, outras redes para definição de valor. Essa é a razão, por exemplo, para que os Estados Unidos, no começo do século XXI, tenha se empenhado para definir a segurança contra o terrorismo como o valor supremo para o mundo inteiro. É uma forma de construir uma rede com base militar que garanta sua hegemonia situando a segurança acima do dinheiro ou outros objetivos menores (por exemplo, os direitos humanos e o meio ambiente) como valor supremo. Todavia, a lógica capitalista aparece às vezes disfarçada na forma de projetos de segurança [...].¹⁵¹

Parece que as sociedades financeiras globais no mundo capitalista levam vantagem como definidoras de valor. Todavia, também as ideias podem se converter em valores, uma vez que o pensamento humano, na atualidade, é o elemento de mais

¹⁵⁰ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.54.

¹⁵¹ Tradução livre de: "*Como el estado-nación sólo puede imponer sus reglas en su territorio, excepto en el caso de alianzas o de invasión, tiene que convertirse en imperial o formar parte de una red para relacionarse con otras redes en la definición del valor. Ésa es la razón, por ejemplo, por la que el estado norteamericano, a comienzos del siglo XXI, se ha empeñado en definir la seguridad contra el terrorismo como el valor supremo para el mundo entero. Es una forma de construir una red basada en lo militar que garantice su hegemonía situando la seguridad por encima el dinero o de otros objetivos menores (por ejemplo los derechos humanos o el medio ambiente) como valor supremo. No obstante, la lógica capitalista aparece a menudo disfrazada en forma de proyectos de seguridad [...]*". (Ibid., p.56).

rápida propagação pelas redes. No entanto, essas ideias podem ser democráticas ou nem tanto. Conclui-se que valores são aquilo que se processa em cada lugar de acordo com a programação da rede efetuada pelos seus atores.

Do exposto, conclui-se que a violência não é o suficiente para a dominação: são necessários instrumentos discursivos e material cultural.

3.2 DEMOCRACIA E NOVAS TECNOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO: A FORMAÇÃO DA VONTADE POLÍTICA NA ERA INFORMACIONAL

3.2.1 O valor da informação para a política midiática

São teses importantes da teoria reticular: a) a política é o processo de atribuição de poder às instituições do Estado; b) relações de poder não têm por base apenas procedimentos racionais, mas a modelagem das mentes por intermédio de criação de imagens; c) ideias são imagens (visuais ou não) em nosso cérebro; e) ideias são criadas também no âmbito social especialmente pela atuação dos meios de comunicação (organizações de comunicação e de autocomunicação de massas).¹⁵² Os três primeiros itens já foram analisados anteriormente. À frente, será analisada a atuação da comunicação e autocomunicação de massas no que se relaciona à política, a fim de demonstrar o valor da informação nesse campo.

Política midiática é a forma de política centrada nos meios de comunicação (por isso, o controle sobre esses meios é uma forma de dominação). Os meios de comunicação, no entanto, não seriam um quarto poder, mas o espaço por excelência onde se cria o poder. Isso acontece porque somente aqueles que conseguem transmitir suas mensagens podem construir marcos e contramarcos. A questão fundamental a partir da política midiática é sua influência na democracia e na sua relação entre Estado e sociedade. A análise dos interesses que atuam na relação entre Estado e novas tecnologias não pode passar ao largo dessa questão.

A chamada política midiática tem que cumprir dadas tarefas: assegurar o acesso aos meios de comunicação aos atores políticos; elaborar mensagens e imagens que sirvam a dados interesses; disponibilizar tecnologias e formatos de comunicação,

¹⁵² CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.261-276.

bem como sondagens de opinião; conectar o poder político e o econômico. Nesse contexto, importa sobremaneira assinar que

[...] a luta midiática não se limita a campanhas eleitorais. É uma dimensão constante e fundamental da política praticada por governos, partidos, líderes e atores sociais não governamentais por igual. Influenciar no conteúdo das notícias cada dia é um dos esforços mais importantes das estratégias políticas.¹⁵³

Embora haja uma ampla gama de políticas mediáticas, tendo em vista a especificidade cultural e institucional de cada país, é possível encontrar regularidades nos processos políticos contemporâneos explicados pela convergência dos meios de comunicação mundiais e das técnicas de marketing aplicáveis pelos políticos. Isso é possível pela globalização e por uma cultura midiática global.

Essas especificidades também se dão tendo em vista os filtros (*gatekeepers*) de acesso aos meios de comunicação. Tradicionalmente, o primeiro filtro relaciona-se ao controle direto do governo em casos de governos autoritários e o segundo filtro relaciona-se às imposições de critérios editoriais pelos proprietários e diretores das empresas de mídia (não necessariamente por razões ideológicas, mas por interesses empresariais). No entanto, a crescente importância da autocomunicação de massas parece subverter essa lógica tradicional de maneira que a mensagem (e não os filtros tradicionais) se torna central.

Por isso, na política, aumenta a importância do papel dos assessores que instrumentalizam o chamado *spin*, que é a prática de comunicação de mensagens que favoreçam o político para o qual trabalham e prejudiquem os adversários desse político. A mensagem é "apoie esse candidato e rechace os adversários".¹⁵⁴

Também são fundamentais os chamados *think tanks*, ou seja, os grupos formadores de opinião (ou grupos de interesses) que utilizam sistematicamente os meios de comunicação para moldar a opinião pública. Esse é um dos ferramentais da política informacional, ou seja, da "articulação de mensagens que dependem dos

¹⁵³ Tradução livre de: "[...] la política mediática no se limita a las campañas electorales. Es una dimensión constante y fundamental de la política, practicada por los gobiernos, partidos, líderes y actores sociales no gubernamentales por igual. Influir en el contenido de las noticias cada día es uno de los esfuerzos más importantes de los estrategias políticas". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.266).

¹⁵⁴ Tradução livre de: "[...] apoyen a este candidato y rechacen al adversario". (Ibid., p.275).

interesses e valores da coalização sociopolítica construída em torno de atores políticos concretos".¹⁵⁵ A programação das redes não se dá, portanto, de maneira aleatória.

Há uma espécie de sofisticação do marketing político que tem por objetivo o convencimento do cidadão-consumidor (que é o novo personagem da vida pública). Essas estratégias são relevantes para compreensão do fenômeno político e seus reflexos no direito e no Estado na medida em que dependem de bancos de dados e atuação de empresas que utilizam o marketing multinível "[...] vendendo candidatos como se vendem *tupperware*".¹⁵⁶

Essas estratégias tornam a política informacional cara, de maneira que nenhum país pode sustentar-se apenas com o financiamento público das campanhas. Isso faz com que haja influência de empresas e outros grupos de interesse dentro do governo. O mundo tem visto fracassar tentativas de instauração de marcos legais que consigam separar os governos de grupos de interesses que lhes deram sustentação. Há uma tensão constante entre dinheiro (financiamento de campanha) e política, especialmente porque as necessidades de fundos para política parecem ser ilimitadas e porque os fundos podem ser gastos de forma flexível e confidencial:

De forma flexível porque para inovar em política há que se gastar em áreas e projetos que escampam à definição de atividade política em sentido estrito [...]. De forma confidencial porque algumas operações políticas decisivas fora do período de campanha eleitoral (a obtenção ilegal de fundo, a invenção de escândalos contra os rivais, o suborno de jornalistas, o pagamento de chantagens etc.) requerem grande quantidade de dinheiro sujo. [...] Os cargos políticos são a base para acumulação originária de capital pessoal para os líderes democráticos: precisamente aqueles que aceitam a regra da alternância democrática são que os que têm que aproveitar os bons tempos quando estão no poder, seja em benefício próprio ou na luta por seus ideais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Tradução livre de: "[...] *la articulación de los mensajes que dependen de los intereses y valores de la coalición sociopolítica construida en torno a actores políticos concretos*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.277).

¹⁵⁶ Tradução livre de: "[...] *vendiendo a los candidatos como si vendiera tupperware*". (Ibid., p.286).

¹⁵⁷ Tradução livre de: "*De forma flexible porque para innovar en política hay que gastar en áreas y proyectos que escapan a la definición de actividad política en el sentido estricto [...]. De forma confidencial porque algunas operaciones políticas decisivas fuera de los periodos de campaña electoral (la obtención ilegal de fondos, la invención de escándalos contra los rivales, el soborno de periodistas, el pago de chantajes, etc.) requieren grandes cantidades de dinero negro. [...] Los cargos políticos son la base para la acumulación originaria de capital personal para los líderes democráticos: precisamente aquellos que aceptan la regla de la alternancia democrática son los que tienen que aprovechar los buenos tiempos cuando están el poder, ya sea en beneficio propio o en la lucha por sus ideales*". (Ibid., p.299).

Essa conclusão de Castells parece ser bastante adequada aos dilemas do governo brasileiro em relação ao financiamento de campanhas políticas. A proibição do financiamento privado de campanhas exige que o Estado suporte os custos dos partidos políticos e, ao mesmo, tempo faz temer que recursos, por exemplo, do crime organizado se façam ainda mais presentes nas campanhas políticas.

Também chama atenção na política midiática a personalização dos políticos e a política dos escândalos. Em geral, os debates políticos televisionados não são utilizados para contrastar opiniões, mas são exibição de personalidades e de material elaborados de acordo com as normas de narração política. Assim, a característica principal da política midiática é a personalização do candidato por meio de narrativas construídas na busca da sintonia do político com seus eleitores, ao mesmo tempo em que o seu opositor tenta danificar essa imagem com informações negativas (falsas ou verdadeiras). Isso gera escândalos que são peças fundamentais para determinar relações de poder e mudanças institucionais. Sobre o papel dos juízes nesses casos:

Independientemente de quem descubra ações ilegais, os jornalistas ou os juízes, eles se apoiam mutuamente em suas iniciativas até o ponto no qual o escândalo faz eco na opinião pública e os meios de comunicação tendem a elevar os juízes ao papel de defensores da justiça frente aos políticos de má vontade, em um marco de defensores da moralidade frente a imunidade dos poderosos que encontra ressonância na mente das pessoas.¹⁵⁸

O grande problema, nesse contexto, é que questões políticas, econômicas e sociais são deixadas de lado frente a política dos escândalos. Isso porque as notícias são tratadas como infoentretenimento e têm por finalidade atrair a audiência com sensacionalismo e novidades. Isso faz encobrir as diferenças ideológicas entre candidatos e entre partidos – o que leva ao fortalecimento do fenômeno da personalização, uma vez que as pessoas tendem a apoiar suas decisões sobre voto em características pessoais e honradez do candidato, e isso gera um efeito perverso:

¹⁵⁸ Tradução livre de: *"Independientemente de quién descubra las acciones ilegales, los periodistas o los jueces, éstos se apoyan mutuamente en sus iniciativas, hasta el punto de que cuando el escándalo se hace eco en la opinión pública los medios de comunicación tienden a elevar a los jueces al papel de defensores de la justicia frente a los políticos de mala voluntad, en un marco de defensores de la moralidad frente a la inmunidad de los poderosos que encuentra resonancia en la mente de la gente".* (, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.323).

a debilidade de compromissos ideológicos e a infiltração da economia criminal global nas instituições do Estado acirram problemas relacionados à corrupção. A política do escândalo contribui para o desânimo dos cidadãos frente as instituições e a classe política e leva a uma crise mundial de falta de legitimidade política.¹⁵⁹ Portanto, estão relacionadas à política midiática, à política do escândalo e à crise de legitimidade política.

3.2.2 Teledemocracia forte e teledemocracia débil: os caminhos da democracia pela rede

Péres Luño, na aproximação com o tema (democracia, política e novas tecnologias), faz distinções entre a teledemocracia débil e a teledemocracia forte, que podem complementar o exposto acima.

A teledemocracia débil é o reforço dos canais de representação parlamentar: graças à informática, os partidos políticos podem projetar suas campanhas e elaborar programas que se conectem com os desejos e as necessidades dos eleitores a partir da gestão de informações. Além disso, as novas tecnologias permitem a aproximação entre candidatos e eleitores como nunca antes se havia feito. Os próprios processos eleitorais podem ser formalizados a partir de modelos tecnológicos:

Os processos de participação política por meio da democracia representativa podem ser explicados a partir de um sistema cibernético, cujo termo inicial ou de entrada (*input*) se faz representado pelos programas de partidos políticos (P). Esses programas são processados e divulgados por meio das distintas aplicações da NT [novas tecnologias] que os transmitirão no processo de saída do sistema (*output*), a opinião pública (OP). O sistema cibernético processaria também as repercussões, reações e repostas da OP, atitudes, que, uma vez processadas pela retroalimentação (*feedback*), seriam transmitidas aos partidos políticos com a finalidade de que pudessem reciclar seus programas em consonância com as respostas recebidas de OP.¹⁶⁰

¹⁵⁹ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.351.

¹⁶⁰ Tradução livre de: "Los procesos de participación política a través de la democracia representativa pueden explicarse a partir de un sistema cibernético, cuyo término inicial o de entrada (*input*) se halla representado por los programas de los partidos políticos (P). Dichos programas serían procesados y divulgados por medio de las distintas aplicaciones de las NT, que los transmitirían, en el proceso de salida del sistema (*output*), a la opinión pública (OP). El sistema cibernético procesaría también las repercusiones, reacciones y respuestas de la OP, actitudes que, una vez procesadas por la retroalimentación (*feed-back*), se transmitirían a los partidos políticos con el fin de que pudieran reciclar sus programas en consonancia con las respuestas recibidas de la OP". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.496, jul./dez. 2014).

A tendência óbvia é o incremento da teledemocracia débil com a utilização da internet – isso simplificaria os trâmites atuais de votação. Como se verá em 4.3, Pérez Luño parece ter uma visão mais otimista que a de Castells quando se trata de teledemocracia. Por exemplo, Pérez Luño afirma que instrumentos de governança podem ser desenvolvidos a fim de aproximar a administração pública dos administrados redundando em um aprofundamento da democracia e da eficiência.¹⁶¹

Todavia, autores importantes discordam de seu entendimento: Giovanni Sartori denuncia riscos insustentáveis na sociedade tecnológica contemporânea (a telepolítica debilita a responsabilidade política dos cidadãos, tendo em vista uma espécie de anulação do pensamento crítico das pessoas pela comunicação perene que as incapacita a articular ideias); Cass Sunstein afirma que a internet gerou um tipo de usuário-consumidor, sendo que a busca do proveito individual pode projetar-se nas atividades políticas, ou seja, o usuário deixa de assumir pontos de vista solidários que transcendem ao seu mero interesse individual (os valores da democracia republicana são suplantados pela lógica do mercado).¹⁶²

Esses riscos parecem inquestionáveis, todavia o desenvolvimento de novas tecnologias é uma realidade. Esse desenvolvimento tem reflexos em todos os campos da vida na sociedade em rede. Nesse sentido, conforme se analisou no capítulo terceiro, as novas tecnologias e a razão comunicativa podem expandir a esfera pública. Obviamente, esse processo é paulatino e não é isento de riscos.

A versão forte da teledemocracia é a participação direta do cidadão em assuntos políticos (com a eventual substituição da democracia representativa por formas de participação direta). Seria uma espécie de referendo permanente, uma vez que, teoricamente, existem meios para dotar todos os domicílios de computadores e internet e os cidadãos poderiam se expressar instantaneamente. Talvez fosse a possibilidade de concretizar a teoria de Rousseau baseada na desconfiança da representação: toda lei não ratificada pelo povo é nula.¹⁶³

Para Pérez Luño, o maior risco da teledemocracia forte é a possibilidade de que lideranças populistas tenham influência sobre os eleitores. Todavia, esse não é risco contemporâneo apenas. Por isso, as constituições permitem referendos apenas

¹⁶¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.497, jul./dez. 2014.

¹⁶² Ibid., p.498-499.

¹⁶³ Ibid., p.501.

em casos excepcionais listados em lei. No entanto, o ponto de vista que parece temer o incremento da utilização de instrumentos da democracia direta parece não se sustentar, pois faz equivaler Estado democrático com democracia parlamentar – quando, ao contrário, o caráter democrático do Estado de direito advém pelo protagonismo da soberania popular. A resposta a esse dilema seria o reforço da complementariedade da democracia representativa e da democracia direta.¹⁶⁴

Recolhendo o exposto, pode-se afirmar que há uma crise de legitimidade da política em maior ou menor escala (inclusive nas democracias avançadas). Isso ocorre pelo descontentamento com a política, com a economia e com a percepção da corrupção. Essa crise de legitimidade colocou em risco governos democráticos. O direito foi chamado a atuar: "Sabedores do problema, os governos de todo o mundo estabeleceram novas leis para atenuar a corrupção e aumentaram o número de investigações políticas e controles judiciais. Apesar de seus esforços, a percepção da corrupção aumenta em todas as partes".¹⁶⁵

Admitindo-se que a democracia é uma questão de procedimento (como quer Castells), é essencial para a compreensão dos mecanismos de programação das redes que, se o procedimento não for hígido e se fatores alheios puderem ter interferência no processo, o próprio conceito de democracia perde sentido e "[...] se planta a semente da desintegração institucional".¹⁶⁶

Talvez não seja possível afirmar que a corrupção aumentou nos últimos anos, mas é possível afirmar que a publicidade e a percepção da corrupção aumentaram e isso impactou a vida pública e a confiança nas instituições. Nesse sentido, "[...] a conexão entre exposição da corrupção política e o declive da confiança política pode estar diretamente relacionada com o domínio da política midiática e da política do escândalo na gestão de assuntos públicos".¹⁶⁷

¹⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.504-505, jul./dez. 2014.

¹⁶⁵ Tradução livre de: "*Sabedores del problema, los gobiernos de todo el mundo han establecido nuevas leyes para atenuar la corrupción y han aumentado el número de investigaciones políticas y controle judiciales. A pesar de sus esfuerzos, las percepción de la corrupción aumenta en todas partes*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.378).

¹⁶⁶ Tradução livre de: "*[...] se siembra la semilla de la desintegración institucional*". (Ibid., p.379).

¹⁶⁷ Tradução livre de: "*[...] la conexión entre exposición a la corrupción política y el declive de la confianza política puede estar directamente relacionada con el dominio de la política mediática e la política del escándalo en la gestión de los asuntos públicos*". (Ibid., p.380).

Nesse contexto, há que se evitar a conclusão equivocada de que a política de escândalos levaria à apatia política tendo em vista o descontentamento e a desconfiança gerados pela corrupção.¹⁶⁸ Esse descontentamento e desconfiança de fato existem, mas, como alternativa, os cidadãos podem se mobilizar contra uma opção política determinada. A internet tem papel crucial para a facilitação da mobilização autônoma, conectando as redes e aumentando a comunicação entre os cidadãos que buscam seus direitos. A crise da democracia se dá entre a desconfiança nas instituições, a política midiática e o desejo de participação e ação política. Para Castells, a democracia¹⁶⁹, na sociedade em rede, deve ser entendida

[...] como a forma de governo que resulta da vontade dos cidadãos que escolhem entre candidaturas rivais em eleições livre celebradas a intervalos estabelecidos sob controle judicial. [...] Ademais, para que a prática da governança se considere democrática, as leis e a constituição do país devem garantir um determinado nível de liberdade de expressão, associação e respeito aos direitos humanos, assim como certos mecanismos de controle administrativo e judicial sobre o governo.¹⁷⁰

Sob esses parâmetros e sob a constatação de que muitos países que se autoproclamam democráticos interpretam a noção de democracia apartada da representação, e que, em outros países, as instituições democráticas são apenas formais, e que, em outros, a democracia é jovem e/ou instável, a democracia global está em crise permanente, especialmente no afastamento entre as normas constitucionais e as crenças dos cidadãos. Portanto, a crise da democracia tem conexões importantes com a política midiática.¹⁷¹

A democracia moderna se estabeleceu no âmbito do Estado-nação com base no indivíduo e na eficácia da lei. Como o Estado diminuiu sua capacidade para

¹⁶⁸ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.390-392.

¹⁶⁹ Note-se que Ronald Dworkin chama atenção para o seguinte: "Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias". (DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23-24).

¹⁷⁰ Tradução livre de: "[...] como la forma de gobierno que resulta de la voluntad de los ciudadanos que eligen entre candidaturas rivales en unas lecciones relativamente libres celebradas a intervalos establecidos bajo control judicial. [...] Además, para que la práctica de la gobernanza se considere democrática, las leyes y la constitución del país deben garantizar un determinado nivel de libertad de expresión, asociación y respeto a los derechos humanos, así como ciertos mecanismos de control administrativo y judicial sobre el gobierno". (CASTELLS, op. cit., p.389).

¹⁷¹ Ibid., p.389-392.

controlar as redes globais de riqueza, poder e informação e como a capacidade de representação foi colocada em questão pelas identidades dos sujeitos culturais, a reafirmação do poder do Estado feita pelo monopólio legítimo da força colide com a configuração da sociedade em rede global. Nesse sentido,

[...] a relação entre as crenças das pessoas e as instituições políticas seguem sendo fundamental nas relações de poder. Quanto maior seja a distância entre os cidadãos e os governos, menos será a capacidade dos governos para conciliarem seus esforços globais com suas fontes locais e nacionais de legitimidade e recursos.¹⁷²

Caso o sistema democrático fracasse em solucionar os problemas de legitimidade, o desencanto da sociedade com a política pode apontar para mudanças políticas fora do sistema institucional encabeçado por líderes populistas que convidam para uma reformulação das instituições ou, em casos mais extremos, até revoluções (inclusive com intervenção dos militares) que passem ao largo de procedimentos formais para sucessão política: "A democracia somente pode ser reconstruída nas condições específicas da sociedade em rede se a sociedade civil, em sua diversidade, puder romper as barreiras corporativas, burocráticas e tecnológicas da construção de imagens sociais".¹⁷³

Ou seja, deve se ter como objetivo para a manutenção da democracia que os espaços da comunicação e da autocomunicação de massas sejam suportes para mensagens alternativas àquelas que as redes majoritárias tentam transmitir para construção de imagens sociais. Logo, é possível a reprogramação das redes com bases democráticas, tendo em vista que se tratam de um novo espaço público.

¹⁷² Tradução livre de: "[...] la relación entre las creencias de las personas y las instituciones políticas sigue siendo fundamental en las relaciones de poder. Cuanto mayor sea la distancia entre los ciudadanos y los gobiernos, menor será la capacidad de éstos para conciliar sus esfuerzos globales con sus fuentes locales y nacionales de legitimidad y recursos". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.390).

¹⁷³ Tradução livre de: "La democracia sólo puede reconstruirse en las condiciones específicas de la sociedad red si la sociedad civil, en su diversidad, puede romper las barreras corporativas, burocráticas y tecnológicas de la construcción de imágenes sociales". (Ibid., p.392).

Nesse novo espaço público conformado em rede, o Estado é desafiado em relação a sua soberania e autoridade ainda ancoradas nos moldes teóricos clássicos. Outrossim, o Estado é pressionado a reproduzir a eficiência do setor privado com adoção de mecanismo de governança baseados na utilização das novas tecnologias. Nesse quadro de novidades, o grande desafio é aliar as novas tecnologias e a eficiência à gestão democrática da informação com base na proteção dos direitos humanos. Esse é o tema principal do capítulo seguinte.

4 GESTÃO DA INFORMAÇÃO E GOVERNANÇA ESTATAL: CONEXÕES DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COM A LIBERDADE INFORMÁTICA

Dos capítulos anteriores se podem retirar algumas conclusões. A atuação dos fatores econômicos, políticos e sociais no impulso da globalização somente foi possível pela capacidade de conexão proporcionada pelas novas tecnologias e pela conformação social reticular. No interior do capitalismo, foi superado o modo de desenvolvimento industrial. Ele foi substituído pelo informacionalismo, cuja fonte de produtividade se apoia na informação e no conhecimento.

Também se pode concluir dos capítulos anteriores que culturas são geradas a partir de processos discursivos e de tensões da contraposição entre as redes locais e globais; essa tensão entre as redes é resolvida com novos protocolos de comunicação, que, defende-se neste trabalho, devem estar conectados com ideais democráticos. Nesse sentido, o ferramental discursivo é essencial para programação das redes a partir das discussões na esfera pública (conforme teorizou Habermas). Portanto, a teoria reticular e suas conexões com informação e comunicação explicam o interesse de atores públicos e privados na gestão da informação (um nó em uma rede é tão poderoso quanto mais informações detiver).

A partir desses pressupostos, o presente capítulo explora questões atinentes à governança estatal relacionadas ao manejo da informação. Assim como os anteriores, este capítulo é subdividido em duas partes. Na primeira parte (4.1), será analisado o ideário da eficiência como finalidade de implementação de mecanismos de governança. Defende-se a tese, neste trabalho, que esse viés é insuficiente.

Na segunda parte (4.2), a discussão será expandida para a garantia de direitos humanos como ideal para além da eficiência a partir da análise integrada do direito ao desenvolvimento como liberdade e a liberdade informática. Essa integração afasta a possibilidade de que a governança com base em novas tecnologias seja utilizada para instrumentalizar o Estado para que se torne cada vez mais intruso em todas as áreas da vida humana. Ademais, provoca o Estado a regular o tema sempre privilegiando o desenvolvimento a fim de capacitar os indivíduos para todos possam escolher o tipo de realizações que desejam concretizar. Então, a mera eficiência deixa de ser o motor da governança e, de forma geral, das regulações atinentes ao tema.

4.1 O ESTADO EM REDE E GOVERNANÇA: O GOVERNO ELETRÔNICO, A JUSTIÇA ELETRÔNICA E A INSUFICIÊNCIA DA EFICIÊNCIA COMO FIM

4.1.1 A soberania na sociedade em rede: os desafios do Estado

Como exposto nos capítulos anteriores, as relações de poder fundamentam toda a sociedade (inclusive a sociedade em rede). A teoria reticular de Castells reafirma que o Estado é a forma mais relevante de institucionalização do poder (dominação). Esse poder não está apartado de construções simbólicas a partir da comunicação. Resumindo o exposto anteriormente neste trabalho, o poder

[...] é a capacidade relacional que permite a um ator social influir de forma assimétrica nas decisões de outros atores sociais de modo que sejam favorecidas a vontade, os interesses e os valores do ator que tem o poder. O poder se exerce mediante coação (ou a possibilidade de exercê-la) e/ou mediante a construção de significado partindo dos discursos por meio dos quais os atores sociais guiam suas ações. As relações de poder estão emolduradas pela dominação, que é o poder que reside nas instituições da sociedade. A capacidade relacional do poder está condicionada, mas não determinada, pela capacidade estrutural da dominação. As instituições podem manter relações de poder que se baseiam na dominação que exercem sobre seus sujeitos.¹⁷⁴

Nesse conceito, atores são: atores individuais, atores coletivos, organizações, instituições e redes, sendo que todos esses atores expressam as ações de agentes humanos (inclusive as redes).

Por sua vez, capacidade relacional expressa o fato de que o poder não é um atributo, mas uma relação em um contexto de assimetria, ou seja, embora haja influência mútua das partes que se relacionam, uma delas terá um grau mais elevado de influência sobre a outra parte. Isso inclui dois elementos: certo grau de aceitação e a possibilidade de resistência da parte submetida à vontade da outra.

¹⁷⁴ Tradução livre de: "[...] es la capacidad relacional que permite a un actor social influir de forma asimétrica en las decisiones de otros actores sociales de modo que se favorezcan la voluntad, los intereses y los valores del actor que tiene el poder. El poder se ejerce mediante la coacción (o la posibilidad de ejercerla) y/o mediante la construcción de significado partiendo de los discursos a través de los cuales los actores sociales guían sus acciones. Las relaciones de poder están enmarcadas por la dominación, que es el poder que reside en las instituciones de la sociedad. La capacidad relacional del poder está condicionada, pero no determinada, por la capacidad estructural de dominación. Las instituciones pueden mantener relaciones de poder que se basan en la dominación que ejercen sobre sus sujetos". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.33).

É essa relação entre aceitação e resistência o que mantém ou modifica (em graus diversos) as relações de poder. Quando a resistência é maior que a aceitação, as relações de poder se modificam. A violência, nesse contexto, é apenas um dos elementos, pois quanto maior

[...] é o papel da construção de significado em nome de interesses e valores específicos na hora da afirmação do poder em uma relação, menos necessidade há que se recorra à violência (legítima ou não). [...] Há um apoio complementar e recíproco entre os dois principais mecanismos do poder: a violência e o discurso.¹⁷⁵

Construindo uma ponte entre o pensamento de Habermas e o de Castells¹⁷⁶, ambas as teorias têm por núcleo o processo de legitimação que depende da construção de significados compartilhados por intermédio da ação comunicativa. É a esfera pública, uma rede de comunicação de informações e pontos de vista, que pode garantir a democracia. Assim, o

exercício democrático do poder depende, em última instância, da capacidade institucional para transferir o significado gerado pela ação comunicativa para a coordenação funcional da ação organizada sob os princípios de consenso constitucional. De forma que o acesso constitucional à capacidade de coação e o *acesso aos recursos comunicativos que permitem coproduzir significado se complementam na hora em que se estabelecem relações de poder*.¹⁷⁷

Então, teorias como as de Weber, Habermas e de Foucault articulam violência, discursos disciplinares e processos de legitimação e não são, em sua essência, contrapostas às teorizações de Castells.

Impende ainda ressaltar que o poder para fazer algo é sempre o poder de fazer algo contra valores e interesses de alguém. E assim também se comportam as

¹⁷⁵ Tradução livre de: *"Cuanto mayor es el papel de la construcción de significados en nombre de intereses y valores específicos a la hora de afirmar el poder de una relación, menos necesidad hay de recurrir a la violencia (legítima o no). [...] Hay un apoyo complementario y recíproco entre los dos principales mecanismos de formación de poder identificados por las teorías del poder: la violencia y el discurso"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.35).

¹⁷⁶ Ibid., p.35-36.

¹⁷⁷ Tradução livre de: *"El ejercicio democrático del poder depende en última instancia de la capacidad institucional para transferir el significado generado por la acción comunicativa a la coordinación funcional de la acción organizada en el estado bajo los principios de consenso constitucional. De forma que el acceso constitucional a la capacidad de coacción y el acceso a los recursos comunicativos que permiten coproducir significado se complementan a la hora de establecer relaciones de poder"*. (Ibid., p.36, grifo no original).

redes. Logo, pode-se afirmar que a sociedade em rede não é o conjunto de comunidades que compartilham valores e laços afetivos ou de confiança, mas são estruturas que nascem de conflitos e negociações entre atores sociais. Os conflitos entre os atores, no entanto, "[...] nunca acabam, simplesmente se detêm graças a acordos temporais e contratos instáveis que são transformados em instituições de dominação pelos atores sociais que lograram uma posição vantajosa na luta pelo poder".¹⁷⁸

Esses acordos funcionam de distintas formas a depender da prática social (econômica, tecnológica, meio-ambiental, cultural, política e militar) e ocorrem entre diferentes níveis (global, nacional, local e individual). Portanto, o poder está em todo âmbito da ação humana, mas há relações de poder institucionais que permitem a dominação.¹⁷⁹ Nesse sentido, se o poder é relacional, a dominação é institucional, sendo que o Estado (e o direito conformado por ele) é uma das formas relevante de dominação. Explica-se, portanto, a tratativa do tema (Estado) nas próximas páginas.

Devido às especificidades da Era Informacional apresentadas ao longo dos capítulos anteriores, as teorias tradicionais de análise do Estado parecem não mais conseguir contemplar o fenômeno na atualidade.¹⁸⁰ Ulrich Beck¹⁸¹ levanta questões sobre o que chama de "nacionalismo metodológico" de Max Weber: a afirmação weberiana de que as comunidades culturais (nações) tendem a criar um Estado próprio ao reivindicarem o monopólio legítimo da força dentro de um território parece

¹⁷⁸ Tradução livre de: *"Los conflictos nunca acaban, simplemente se detiene gracias a acuerdos temporales y contratos inestables que son transformados en instituciones de dominación por los actores sociales que lograran una posición ventajosa en la lucha por el poder [...]".* (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.38).

¹⁷⁹ Ibid., p.38-41.

¹⁸⁰ "Desde quando do problema do Estado passaram a tomar conta os juristas, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania (conceito jurídico por excelência, elaborado por legalistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público). Para citar uma definição corrente e autorizada, o Estado é 'um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes' [Morati, 1969, p.23]. Na rigorosa redução que Kelsen faz do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar o direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não apenas legítimo mas também eficaz [...]; o território torna-se limite de validade espacial do direito do Estado, no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras; o povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado". (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.94).

¹⁸¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p.140-144.

não se sustentar na contemporaneidade como na modernidade porque a globalização redefiniu os limites territoriais do exercício do poder.¹⁸²

Isso ocorre porque a soberania na era da globalização e das novas tecnologias impossibilita que os Estados tenham controle de regulação sobre o que acontece dentro de suas fronteiras, o que impende a análise em novos termos da ideia de soberania, uma vez que o Estado não é mais o único ator relevante dentro do Estado global (na Era Informacional, surgiram novos atores globais como empresas multinacionais, organizações da sociedade civil, movimentos sociais e grupos à margem da lei).¹⁸³

Nesse mesmo sentido, Jacques Chevallier afirma que modelos de configuração estatal tradicionais não respondem mais às demandas teóricas e políticas do tempo no qual vivemos. Isso se explica pela passagem a uma nova era

na qual toda a arquitetura social estaria em processo de redefinição, ao preço de suportar fortes sacudidas relacionadas com a perda dos pontos de referência, com a desagregação dos marcos herdados do passado e com a transformação das certezas: a sociedade moderna tende a ceder seu lugar a uma sociedade nova que [...] apresentaria características diferentes; os câmbios que afetam o Estado são apenas um dos aspectos dessa mutação e são indissociáveis dos movimentos de fundo que agitam a esfera social.¹⁸⁴

Portanto, os elementos apontados por Weber na chamada "racionalização" da organização social – elementos técnicos (desenvolvimento científico), econômicos (concentração dos meios de produção) e políticos (aparição do Estado) – estariam em questão.¹⁸⁵ Compreender essa reconfiguração em relação ao Estado exige a retomada e crítica de considerações não somente históricas, mas filosóficas.

Nesse sentido, parece pacífico afirmar que a gênese do Estado moderno (marcadamente a partir do século XVIII) se apoiou no culto à razão mediante o princípio da imanência – os homens se tornaram senhores de seu próprio destino, pois, guiados pela razão, teriam total capacidade para lograr uma vida melhor. Diante dessa pressuposição, conformou-se o otimismo gerador dos mitos da modernidade:

¹⁸² CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.42.

¹⁸³ TELLO, Diana Carolina Valencia. **Estado, sociedade e novas tecnologias**: compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI. Curitiba: Juruá, 2015. p.128-133.

¹⁸⁴ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.16.

¹⁸⁵ Ibid., p.17.

crença nas virtudes da ciência; fé no progresso (bem-estar social e justiça social); apreensão de um sentido progressista na História; consolidação dos universalismos produzidos no Ocidente; afirmação de que a fonte do poder e fundamento da autoridade residem no consentimento dos indivíduos com o conseqüente nascimento da figura do cidadão.¹⁸⁶

Assim, nos valores subjacentes ao modelo do Estado moderno, encontram-se as relações de dominação política em um contexto geral e impessoal no qual a cidadania é um novo "marco de lealdade" concebida como um laço exclusivo entre o cidadão e o Estado. Por isso, o Estado se impõe como a única fonte de direito e como o único habilitado a utilizar mecanismos de coerção (monopólio da força). Forjou-se, nesse quadro, o modelo de Estado "universal" difundido e imposto pelas potências ocidentais para todo o mundo (apesar dos núcleos de resistência).¹⁸⁷

No entanto, na contemporaneidade, o modelo de Estado moderno (ressalte-se: hegemônico, mas não unânime) parece estar em crise diante das transformações das sociedades ocidentais sacudida pela chamada crise da modernidade: a impessoalidade, instrumentalismo e neutralidade (instrumentos da racionalidade moderna) tornaram-se fins em si mesmos, o que resultou no triunfo do utilitarismo e sua racionalidade calculadora. Desse modo, diante do individualismo exacerbado, da primazia da razão instrumental e da perda da liberdade, o indivíduo se vê impotente frente ao redemoinho do mercado e do Estado.¹⁸⁸

Conforme descrito no início deste trabalho, nesse quadro de mudanças, as sociedades contemporâneas (caracterizadas pela urgência do efêmero) entraram em uma nova fase complexa que alberga revoluções tecnológicas relativas à informação, à comunicação e à biotecnologia em estreita relação com a mutação do sistema de produção (mutação devida, entre outros fatores, ao protagonismo da informação à deslocalização das unidades de produção). No entanto, esse movimento de mudanças parece não seguir um único caminho, pois acolhe, de maneira correlativa e de forma contraditória, a radicalização de valores que foram base da modernidade e o questionamento a esses mesmos valores.

¹⁸⁶ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.18-20.

¹⁸⁷ Ibid., p.19.

¹⁸⁸ Ibid., p.20-28.

A radicalização da modernidade e universalidade, teorizada por Lipovetsky¹⁸⁹, ilustra-se, por um lado, pelos avanços da biotecnologia e, por outro, na perspectiva de formatação do ser humano pelo mercado, mídia e aparelhamento estatal; na economia, a implosão dos modelos alternativos (socialismo real) parece reafirmar o modelo liberal como universal.¹⁹⁰

No entanto, em meio a essa radicalização, a própria razão humana questiona a si mesma e disso resultam diversas novas variáveis que parecem redefinir a própria razão: há a perda da confiança na ciência (cuja dinâmica e limites parecem escapar a qualquer controle); por outro lado, a ideia de progresso torna-se associada à ideia de riscos (industrial, tecnológico, sanitário etc.) e à criação de um estado permanente de insegurança social (conforme teorizam, dentre outros, Anthony Giddens¹⁹¹ e Ulrich Beck¹⁹²). Nesse quadro de incertezas, parece abandonada a ideia de que a

¹⁸⁹ Segundo Gilles Lipovetsky: "A primeira modernidade era extrema por causa do ideológico-político; a que chega [hipermodernidade] o é aquém do político, pela via da tecnologia, da mídia, da economia, do urbanismo, do consumo, das patologias individuais. Um pouco por toda a parte, os processos hiperbólicos e subpolíticos compõem a nova psicologia das democracias liberais. Nem tudo funciona na medida do excesso, mas, de uma maneira ou de outra, nada é poupado pelas lógicas do extremo. Tudo se passa como se tivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*. Nasce uma nova sociedade moderna. Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade moderna, e sim de modernizar a própria modernidade, racionalizar a racionalização – ou seja, na realidade destruir os "arcaísmos" e as rotinas burocráticas, pôr fim à rigidez institucional e aos entraves protecionistas, relocar, privatizar, estimular a concorrência. O voluntarismo do 'futuro radiante' foi sucedido pelo ativismo gerencial, uma exaltação da mudança, da reforma, da adaptação, desprovida tanto de um horizonte de esperanças quanto de uma visão grandiosa de história. [...] Resta saber se, na realidade, isso não significa modernização cega, niilismo técnico-mercantil, processo que transforma a vida em algo sem propósito e sem sentido". (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p.56-57).

¹⁹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.19.

¹⁹¹ Segundo Anthony Giddens, "o risco fabricado está se expandindo em quase todas as dimensões da vida humana. Tem a ver com um lado da ciência e da tecnologia que os primeiros teóricos da sociedade industrial de modo geral não previram. A ciência e a tecnologia criam incertezas na mesma medida em que as eliminam – e tais incertezas não se resolvem simplesmente com mais progresso científico. A incerteza fabricada introduz-se diretamente na vida pessoal e social – não se restringe a contextos de ricos mais coletivos". (GIDDENS, Anthony. **O sentido da modernidade**: conversas com A. Giddens. Rio de Janeiro: FGV, 2000. p.143).

¹⁹² Ulrich Beck afirma que "[...] somos testemunhas (sujeito e objeto) de uma fratura *dentro* da modernidade, a qual se desprende dos contornos da sociedade industrial clássica e cunha uma nova figura, a que chamamos de 'sociedade (industrial) de risco'. Isso requer um difícil equilíbrio entre as contradições de continuidade e cisura na modernidade, que se refletem, por sua vez, no contraste entre modernidade e sociedade industrial, entre sociedade industrial e sociedade de risco". Tradução livre de: "[...] *somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos 'sociedad (industrial) del riesgo'. Esto requiere un difícil equilibrio entre las contradicciones de continuidad y cesura en la modernidad, que se reflejan a su vez en el contraste entre modernidad y sociedad industrial, entre sociedad industrial e sociedad del riesgo*". (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p.18).

história teria algum sentido. Assim, questionamentos sobre a possibilidade de pretensão à universalidade levam a um relativismo generalizado.¹⁹³

Em suma, a derrubada do mito do progresso moderno tem consequências que remetem à perda de fé no futuro (cheio de incertezas e ameaças em potencial): o presente é enfatizado nos projetos de curto prazo; o passado é reabilitado e se reflete, por exemplo, no fundamentalismo religioso e nas críticas às próprias instituições produzidas pela razão moderna.

Naturalmente, o Estado, como produto da razão moderna, não pode escapar do movimento pós-moderno que agita a sociedade. Nessa nova formulação, quatro ideias são essenciais:

O Estado atravessa um *conjunto de mudanças* que afeta todos seus elementos constitutivos; essas mudanças estão *ligadas entre si* e remetem umas às outras; essas mudanças são *indissociáveis das mudanças mais gerais* que afetam a sociedade em seu conjunto; são mutações não apenas superficiais, epidérmicas ou "cosméticas", mas conduzem a uma *nova configuração estatal*.¹⁹⁴

Assim, inserido em um ambiente repleto de novas tecnologias e informação, o Estado pós-moderno tem por elementos estruturais a incerteza, a complexidade e a indeterminação. Nesse panorama de mudanças, traçado por Chevallier, que perpassa a sociedade em todos os seus níveis, é possível inscrever a influência das novas tecnologias e da sociedade em rede na conformação estatal contemporânea.

A teoria reticular de Castells descreve o Estado na sociedade em rede como o conjunto de

[...] instituições de governança da sociedade e seus organismos de representação política institucionalizados e a gestão e ao controle da vida social, quer dizer, o poder executivo, o legislativo, o judiciário, a administração pública, o exército, os corpos de segurança, os organismos reguladores e os partidos políticos, nos distintos níveis de governo: nacional, regional, local e internacional.¹⁹⁵

¹⁹³ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.25-26.

¹⁹⁴ Tradução livre de: "*El Estado atraviesa un conjunto de cambios, que afecta todos sus elementos constitutivos; estos cambios están ligados entre ellos, reenvían del uno al otro; ellos son indisociables de los cambios más generales que afectan a la sociedad en su conjunto; son mutaciones no solo superficiales, epidérmicas o 'cosméticas', sino que conducen efectivamente a un configuración estatal nueva*". (Ibid., p.27).

¹⁹⁵ Tradução livre de: "*[...] instituciones de gobernanza de la sociedad y sus organismos de representación política institucionalizados, y a la gestión y el control de la vida social, es decir, el poder ejecutivo, legislativo, judicial, la administración pública, el ejército, los cuerpos de seguridad, los organismos*

Na análise do Estado, Castells não nega a formulação weberiana clássica de que o fundamento do Estado é a força, todavia, concorda com Foucault no sentido de que a lógica da dominação também se integra pelos discursos disciplinares (combinação de conhecimento e linguagem), em lugares como fábricas e família patriarcal heterossexual, mas, especialmente, nas instituições estatais e paraestatais (igreja, universidades, elites intelectuais e meios de comunicação). Nessa configuração, é possível identificar as redes de poder socioespaciais (locais, nacionais e globais) que, em sua intersecção, configuram o Estado.¹⁹⁶

Assim como Chevallier e Tello¹⁹⁷, Castells chama atenção para o fato de que, na sociedade globalizada, é característica do Estado o compartilhamento da soberania em diversos níveis de governo (global, regional e local). Por isso, o sistema se comporta de forma pragmática, pois tem que comportar normas e instituições às vezes contraditórias. Dessa maneira, o sistema político se torna obscuro e de difícil controle pelos cidadãos. Desse contexto aparecem novos desafios à soberania no Estado contemporâneo em nível de coordenação, ideológico e geopolítico.¹⁹⁸

Em termos de coordenação, o Estado enfrenta problemas, pois a elaboração de protocolos de comunicação dentro do Estado em seus diversos níveis requer que os agentes estatais estejam dispostos a compartilhar informação e poder, bem como ceder parte do controle das suas atribuições burocráticas. Em termos políticos, são necessários novos protocolos de comunicação a fim de abrir caminho para conexão entre os que deveriam ser os supervisores políticos da burocracia entre seus eleitores.

Além dos problemas de coordenação, outro grande desafio a ser enfrentado pelo Estado em rede é a questão ideológica, pois é preciso um conjunto de valores compartilhados para que a rede se articule interna e externamente. A complexidade da elaboração desse conjunto integra redes, poder e comunicação (conforme expostos nos primeiros capítulos deste trabalho). Essa questão ideológica se alia à questão geopolítica, pois os Estados, externamente, querem promover seus próprios interesses, no lugar da cooperação.

*reguladores y los partidos políticos, en los distintos niveles de gobierno: nacional, regional, local e internacional". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.68).*

¹⁹⁶ Ibid., p.44.

¹⁹⁷ TELLO, Diana Carolina Valencia. **Estado, sociedade e novas tecnologias**: compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI. Curitiba: Juruá, 2015. p.102-158.

¹⁹⁸ CASTELLS, op. cit., p.68-72.

Sobre a cooperação, há que se ponderar que a dinâmica das relações, processos e estruturas que constituem a globalização anulam certos espaços de soberania, todavia os Estados nacionais continuam a ter papel privilegiado em relações nas quais os atores são diversos e desiguais.¹⁹⁹ Nesse sentido, o Estado, na atualidade, parece estar prenhe de contradições que estão levando a crises de identidade, econômicas e de segurança e que podem caminhar a um "renascimento do nacionalismo e a intentos de restaurar a supremacia da soberania".²⁰⁰ Essas contradições geram tomadas de decisão pragmáticas e pontuais e impedem a plenitude de um governo constitucional global em rede.

Apesar disso, as teorias reticulares afirmam que o Estado como forma de organização social não desaparece, mas se modifica gradualmente a uma nova forma de Estado: o Estado em rede.²⁰¹ A partir desses pilares, é possível contestar

a ideia tradicional de sociedade, já que cada rede (econômica, cultural, política, tecnológica, militar e similares) tem suas próprias configurações espaço-temporais e organizativas, de forma que seus pontos de intersecção estão sujeitos a incessantes intercâmbios. As sociedades tais como as sociedades nacionais se segmentam e se reconfiguram constantemente pela ação de redes dinâmicas em suas estruturas sociais herdadas historicamente.²⁰²

Como resposta às suas contradições, os Estados se articulam e formam redes de Estados (como a União Europeia, o Nafta, o Mercosul, a Otan etc.). Em algumas delas, inclusive, há o compartilhamento de soberania (como é na União Europeia); outras são redes informais para elaboração de estratégias e de administração (caso do G-20 e outros grupos similares). Outra resposta dos Estados-nação à crise é a constituição de redes de instituições internacionais e organizações supranacionais para tratar de problemas globais (por exemplo, Nações Unidas, Banco Mundial,

¹⁹⁹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.225.

²⁰⁰ Tradução livre de: "[...] *renacimiento del nacionalismo y a intentos de restaurar la primacía de la soberanía*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.72).

²⁰¹ Ibid., p.40-43.

²⁰² Tradução livre de: "[...] *la idea tradicional de sociedad, ya que cada red (económica, cultural, política, tecnológica, militar y similares) tiene sus propias configuraciones espaciotemporales y organizativas, de forma que sus puntos de intersección están sujeto a incesantes cambios. Las sociedades tales como las sociedades nacionales se segmentan y se reconfiguran constantemente pela acción de redes dinámicas en sus estructuras sociales heredadas históricamente*". (Ibid., p.44).

FMI).²⁰³ Essas respostas, no entanto, também se veem frente a problemas, como a saída da Inglaterra da União Europeia, que está sendo operada em 2017.

No nível regional, os Estados-nação abriram um canal de repasse de poder aos governos locais por meio da legitimação da atuação de ONGs, a fim de deter sua crise de legitimidade conectando-se com as identidades locais. Portanto, os processos decisórios políticos se dão em rede entre

[...] instituições nacionais, supranacionais, internacionais, conacionais, regionais e locais que alcançam as organizações da sociedade civil. Nesse processo, temos assistido à transformação do estado-nação soberano que surgiu na Idade Moderna em uma nova forma de estado: o que se conceituou como o estado em rede.²⁰⁴

Não somente as teorias reticulares, mas sociólogos como Saskia Sassen afirmam que as relações de poder em estruturas sociais concretas são locais e também globais, de maneira que os limites nacionais são apenas uma das dimensões das relações de poder.²⁰⁵ Sassen não nega a proliferação de atores não estatais, mas, apesar da crise da soberania, o Estado exerce importante papel de negociador no que tange à regulação nacional frente às atividades de atores econômicos estrangeiros.²⁰⁶ Por outro lado, é dentro dos Estados que operam as redes de centros financeiros (o que confere certo grau de controle das finanças aos Estados). Nesse sentido, os Estados estão envolvidos na implementação da globalização, embora haja dúvidas se essa seria um novo tipo de autoridade que contempla agendas privadas dentro do Estado de maneira que nunca se viu²⁰⁷ (contemplar ou não as agendas privadas face aos interesses da administração pública foi um dos grandes temas da audiência pública analisada no capítulo 5).

Por outro lado, revela-se, para compreensão do Estado e das redes que o conformam (inclusive do direito), o papel essencial da comunicação. No contexto da

²⁰³ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.69-70.

²⁰⁴ Tradução livre de: "[...] instituciones nacionales, supranacionales, internacionales, connacionales, regionales y locales que alcanzan a las organizaciones de la sociedad civil. En este proceso hemos asistido a la transformación del estado-nación soberano que surgió en la Edad Moderna en una nueva forma de estado: lo que he conceptualizado como estado red". (Ibid., p.70).

²⁰⁵ SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010. p.19-20.

²⁰⁶ Ibid., p.32.

²⁰⁷ Ibid., p.65.

política informacional, o Estado é um ator decisivo na definição das relações de poder nas redes comunicacionais: o Estado pode ser um protetor da liberdade de expressão, um grande produtor de informações para justificar seus atos e conformar a opinião pública ou um censor. O Estado participa de uma espécie de batalha pelo manejo da informação a fim de respaldar seus atos (mesmo em Estados democráticos).²⁰⁸

Em geral, os governos (democráticos ou não) combinam estratégias como o controle político sobre os meios de comunicação públicos, a pressão sobre os proprietários dos meios privados, a elaboração de legislação controladora chegando até a intimidação de jornalistas ou formadores de opinião da Internet e, especialmente, o controle financeiro (direto ou indireto) das redes de comunicação mais importantes por meio de verba publicitária, implicando, por vezes, a autocensura do meio controlado para viabilizar a sobrevivência do negócio.²⁰⁹ Por isso, aos Estados e aos interesses econômicos privados interessam tanto os mecanismos de controle da rede mundial de computadores.

4.1.2 Governança estatal e novas tecnologias: a insuficiência do princípio da eficiência como fim

As repercussões das novas tecnologias não se circunscrevem ao exposto. Um dos grandes desafios é possibilitar uma rede de comunicação entre a administração pública e os administrados "que redunde em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência na atividade pública".²¹⁰ Conceitos como governança e governo eletrônico, bem como de justiça eletrônica importam aqui.

Governar é executar o conteúdo das leis expedidas pelo Parlamento. Essa ação é constituída pelo exercício das competências e pela gestão pelas instituições constitucionalmente previstas e se submete ao controle democrático de seu exercício tanto pela contenção implícita da divisão de Poderes quanto pelo controle social dos cidadãos da administração pública. Desde os anos Oitenta do Século XX, esse

²⁰⁸ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.353.

²⁰⁹ Ibid., p.354.

²¹⁰ Tradução livre de: "[...] que redunde en una profundización democrática y en una mayor transparencia y eficiencia de la actividad pública". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.497, jul./dez. 2014).

conceito se agrega à ideia de governar e passa a definir colocação em prática de um ideal de eficiência nascida no setor privado como prática institucional.²¹¹ Essas práticas estão presentes no Executivo, mas também no Legislativo e no Judiciário.

No entanto, práticas de governança estatal podem trazer consequências negativas se a eficiência for um fim em si mesmo e se colocada antes do princípio da legalidade e da justiça. Essa disfunção pode ocorrer nas três esferas de poder, se a governança atender apenas a critérios econômicos e decisões de cunho técnico.²¹²

Enquanto práticas de melhoria da governança, introduziram-se, nos últimos anos, ferramental tecnológico e critérios de qualidade das atividades da Administração Pública (inclusive da administração da justiça e dos instrumentos de investigação policial). Essa inserção de novos critérios se deveu ao fato de que a Administração Pública deve estar instrumentalizada para fazer frente a realidades como a globalização, a segurança da comunicação, o multiculturalismo (convivência de pessoas das mais variadas origens e culturas) e ao fato de que as empresas (especialmente a empresa em rede) tornaram-se protagonistas da atividade social (por vezes, empresas detêm maiores recursos que muitos Estados).²¹³

Nesse contexto, o chamado governo eletrônico é a utilização de ferramentas tecnológicas na relação entre Estado e administrados²¹⁴. Obviamente, pelos motivos já expostos, a utilização do ferramental tecnológico não deve ter a eficiência como um fim em si mesmo, mas deve harmonizar eficiência e ideais democráticos. Essas ferramentas, se bem manejadas, podem aumentar a eficiência do atendimento ao cidadão, mas também devem efetivar a participação dele no controle da administração pública, na formulação de políticas públicas e na legitimação da ação política. O governo eletrônico

²¹¹ GALINDO, Fernando. Justicia, gobernanza y legalidad. **Revista Sequência**, n.55, p.29-34, 2007.

²¹² Ibid., p.29-38.

²¹³ Ibid., p.40-43.

²¹⁴ Sobre o tema, vide as publicações do Grupo de Pesquisa Interdisciplinar em Justiça Eletrônica (*e-Justice*) da UFPR. Destacam-se: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.); vários autores. **Perspectivas brasileiras e europeias em e-Justiça**. Curitiba: E-justiça UPFR, 2016 e SERBENA, Cesar Antonio (Ed.). **E-justice and governance: collected studies**. Curitiba: UFPR, 2015. Disponíveis em: <<http://www.ejustica.ufpr.br/index.php/publicacoes/>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

[...] tem se constituído como uma infraestrutura de rede compartilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a gestão de serviços públicos é realizada. A partir da otimização desses serviços, o atendimento ao cidadão é realizado, visando atingir a sua universalidade, bem como ampliando a transparência de suas ações.²¹⁵

Uma das questões atinentes ao caso analisado no capítulo 5 (audiência pública sobre o bloqueio do WhatsApp) se refere à investigação policial no contexto tecnológico da sociedade em rede. Embora não seja citado pela doutrina como tema específico de governança estatal, não se pode olvidar que, como ressalta Aury Lopes Jr.²¹⁶, o processo de investigação é um procedimento administrativo, todavia voltado à investigação na seara penal.²¹⁷ Esse procedimento é cada vez mais desafiado pela utilização das novas tecnologias para o cometimento de ilícitos. Nesse sentido, um dos grandes dilemas do Estado é propiciar o desenvolvimento de métodos de investigação eficientes, mas que não desrespeitem os direitos fundamentais garantidos em uma sociedade democrática. Se de um lado, os novos meios de comunicação prometem o incremento do direito fundamental à privacidade, em outra banda, as novas tecnologias utilizadas na elucidação de crimes podem ter reflexos no direito à privacidade dos suspeitos (as comunicações pessoais são fonte, por excelência de material probatório), o Estado se vê frente a um dilema.

Para alguns, talvez este seja o maior risco da sociedade tecnológica: uma sociedade com base no controle dos indivíduos pelo Estado. Giovanni Sartor²¹⁸ (assim

²¹⁵ ROVER, José Aires. O governo eletrônico e a inclusão digital: duas faces da mesma moeda chamada democracia. In: **Inclusão digital e governo eletrônico**. Zaragoza: Prensas Universitárias de Zaragoza, 2008. (Lefis series 3). p.19.

²¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual e a sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1. p.251.

²¹⁷ "Considera-se a investigação preliminar como uma fase antecedente, um procedimento prévio e preparatório do processo penal, sem que seja, em si, um processo penal. Será administrativa quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional. Destarte, podemos classificar o *inquérito policial* como um *procedimento administrativo pré-processual*, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à Administração – Poder Executivo – e que, por isso, desenvolve tarefas de natureza administrativa". (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.93).

²¹⁸ SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

como fez Cass Sunstein²¹⁹) enfatiza os riscos da Era Informacional conectando-os à literatura. Um dos riscos é a realização do pesadelo de Orwell, na obra "1984", na qual as tecnologias disponíveis viabilizaram o controle de todos os aspectos da vida humana quase como a realização do panóptico de Bentham, no qual Foucault²²⁰ enxerga o paradigma do poder disciplinar. Outro risco é o pesadelo de Kafka, em "O Processo". Nessa obra, um julgamento faz um homem perder sua autonomia e dignidade frente à máquina do Estado. Outro risco é o do pesadelo de Huxley (em "Admirável Mundo Novo"), no qual os seres humanos são divididos em castas destinadas a uma ocupação especial e a um tipo de vida (as informações que o Estado detém de cada indivíduo proporciona critérios de diferenciação entre eles). A esses riscos, todavia, Sartor contrapõe as oportunidades de desenvolvimento criadas pelas novas tecnologias: incremento do desenvolvimento econômico, eficiência na gestão pública e privada, aumento do potencial de inovação, possibilidade de novas formas de socialização com as novas tecnologias da comunicação, formação de uma nova esfera pública com a possibilidade real de geração de solidariedade.

Em termos de governança estatal, mas no que tange à administração da Justiça, desde que os primeiros computadores foram desenvolvidos, pensou-se sua utilização nos trabalhos ordinários de escritório e arquivos nas cortes. Hoje, as possibilidades são muito maiores com o desenvolvimento de banco de dados e inteligência artificial. Saarenpää, ao descrever o desenvolvimento da chamada e-Justiça na Europa, afirma que, na tradição do Estado administrativo, o povo era referido como objeto do seu governo (o indivíduo existia como objeto do governo). Todavia, no Estado constitucional, fundamentado nos direitos humanos, houve uma inversão: o Estado é para as pessoas. Nesse contexto, o sistema judicial é primariamente designado para realizar os direitos constitucionais dos indivíduos. Logo, a eficiência proporcionada pelas novas tecnologias deve contribuir primeiramente para proteger os direitos dos indivíduos e das organizações.²²¹

²¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **#Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. [e-book].

²²⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p.162-169.

²²¹ SAARENPÄÄ, Ahti. Data protection in the network society – the exceptional becomes the natural. In: GALINDO, Fernando (Coord.). **El derecho de la sociedad en red**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p.134-135. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis_14.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Todavia, o incremento do viés internacional do direito faz tornar a questão mais complexa, de modo que, para examinar o termo justiça eletrônica com mais precisão, é preciso fazê-lo a partir de diferentes perspectivas: a do cidadão, dos serviços judiciais, das cortes, do *enforcement*, das mídias da tecnologia da informação.²²²

Sob a perspectiva do cidadão, é central a afirmação de que temos "[...] o direito de saber o que é correto. Temos o direito de saber como e onde os nossos assuntos legais são tratados e de conhecer os fundamentos de quaisquer decisões que nos afetam".²²³

Isso se relaciona à transparência (acesso público a documentos e publicidade dos processos e julgamentos no limite da lei) e abertura (o melhor caminho a ser percorrido pela informação a fim de ser acessada pelo cidadão): os cidadãos têm direito de acesso à informação e aos sistemas de acesso. Nesse sentido, afirma Saarenpää²²⁴, o acesso à informação e a conexão à internet é um novo direito humano.

Na perspectiva dos serviços judiciais, o relevante é que se garanta que cidadãos e autoridades do governo tenham condições igualitárias quando se fala do acesso ao direito. Em um Estado de direito não pode haver legislação secreta, deve haver facilidade para a propositura de ações eletronicamente e todos os cidadãos devem ter facilidade de acesso às ações que lhes dizem respeito. Outra questão importante se relaciona à segurança da informação – a justiça eletrônica tem que ter especial atenção a essa questão, sendo que seus sistemas de segurança devem ser mais sofisticados que a média, uma vez que tratam de informações muitas vezes confidenciais.

Na perspectiva das cortes, não se pode olvidar que a corte é um mero componente de uma rede maior que recebe e envia informações. Essa questão faz levantar problemas quanto à interoperabilidade da tecnologia, pois uma informação transferida deve reter sua forma e conteúdo. Garantir isso requer um planejamento sofisticado dos sistemas de informação. O grande objetivo é que os sistemas

²²² SAARENPÄÄ, Ahti. Data protection in the network society – the exceptional becomes the natural. In: GALINDO, Fernando (Coord.). **El derecho de la sociedad en red**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p.135-141. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis_14.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

²²³ Tradução livre de: "*We have a right to know what is correct. We have a right to know how e where our legal affair are dealt with and a right to know the grounds for any decisions made that affect us*". (Ibid., p.135).

²²⁴ Ibid., p.136.

possam auxiliar os juízes a tomarem decisões ao poupá-los de desenvolver tarefas técnicas de rotina.

À perspectiva das cortes se liga a perspectiva do *enforcement*: deve ser facilitada a interoperabilidade de sistemas que possam lidar com a efetivação das decisões (por exemplo, com ordens de penhora). Esse desenvolvimento depende da cooperação de uma variedade de órgãos públicos e instituições privadas.

Em relação à perspectiva da mídia, em sociedades democráticas, a mídia tem o direito de obter informações judiciais, bem como a possibilidade de acompanhar o trabalho das cortes e de outras autoridades, muitas vezes em tempo real. Essa é uma questão ligada à ideia de transparência.

Por fim, as discussões sobre e-Justiça devem considerar questões como a qualidade dos sistemas de informação, usabilidade e da responsabilidade de quem irá fornecê-las – temas ligados à tecnologia da informação. No Brasil, por exemplo, não se conseguiu, ainda, superar o problema da interoperabilidade entre os tribunais²²⁵, apesar do desenvolvimento do processo eletrônico brasileiro, regulado pela Lei n.º 11.419/06. É importante ressaltar que, como instrumento de transferência, armazenamento, processamento e manipulação de dados, o processo eletrônico não deve ter como finalidade última o mero incremento da eficiência (entendida aqui como celeridade processual). Ademais, deve ultrapassar a simplificadora ideia de digitalização de documentos para que seja aproveitado todo seu potencial e não corra o risco de repetir vícios do processo tradicional.²²⁶ Apoiando-se na tese defendida nesse trabalho, o processo eletrônico deve partir da ancoragem de toda a governança estatal: garantia ao direito ao desenvolvimento como liberdade e garantia da liberdade informática. Nesse sentido, o processo eletrônico deve servir para aumentar a eficiência da prestação jurisdicional, mas aumentar também a qualidade dela, especialmente proporcionando ferramentas para o controle social do Poder Judiciário pelos jurisdicionados no que tange aos seus procedimentos, mas também ao conteúdo material das decisões.

²²⁵ Sobre o tema da interoperabilidade dos sistemas judiciais no Brasil, vide: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.); vários colaboradores. **Pesquisa nacional: interoperabilidade dos sistemas de processo eletrônico no Brasil: justiça federal e estadual**. Curitiba: E-justiça UFPR, 2017. Disponível em: http://www.ejustica.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/04/Interoperabilidade_dos_sistemas_de_processo_eletronico%CC%82nico_no_Brasil-DEFINITIVO.pdf. Acesso em: 29 jul. 2017.

²²⁶ BAIOTTO, Elton. **Processo eletrônico e sistema processual: o Processo Civil na Sociedade da Informação**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.89.

Ao se debruçar sobre a relação entre os tribunais e a comunicação social, Boaventura de Sousa Santos afirma que a análise deve sempre contemplar dois vetores:

O primeiro vector diz respeito à vontade e à capacidade do Estado e do direito para regular as novas tecnologias e os novos interesses de comunicação e de informação e para incriminar e punir as novas atividades socialmente danosas que por via delas se tornaram possíveis, nomeadamente o cibercrime, a violação da privacidade, etc. O segundo vector diz respeito ao impacto da expansão exponencial das novas tecnologias e dos novos interesses informacionais e comunicacionais no direito e nas suas instituições, nomeadamente os tribunais.²²⁷

Considerações quanto ao primeiro vetor, capacidade do Estado e do direito para regulação das novas tecnologias, serão efetuadas no capítulo 5 deste trabalho. Quanto ao segundo vetor, é necessário ressaltar que um dos pilares que sustenta esse vetor, a exclusividade conferida ao conhecimento técnico, parece ter recolocado em questão o lugar da adjudicação judicial na conflitualidade social. Conforme afirmado em outros lugares neste trabalho, a técnica não é um fim em si mesmo sob pena de miniaturização da própria adjudicação judicial e da fragilização de sua legitimidade.

Nesse mesmo sentido, assim como Sartor, Boaventura conclui que as novas tecnologias de informação são uma grande oportunidade e um grande risco (mas que esses riscos são controláveis se o ferramental que nos é proporcionado pelas novas tecnologias tiver como fim não somente o incremento da eficiência, mas, também da democracia).²²⁸

Especificamente sobre o tema da decisão judicial, Chueiri não desconhece que, nos últimos anos, o processo eletrônico tem incrementado a rapidez das decisões bem como o número dessas decisões. Afirma ainda que é fato que a celeridade processual também é um direito. No entanto, apesar de a tecnologia poder otimizar o processo judicial, não é a falta de celeridade o grande problema, especialmente, da Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal) no Brasil: a questão essencial é o incremento da qualidade da deliberação e a discussão dos argumentos que fundamentam as

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, Porto Alegre, v.7, n.13, p.84, jan./jun. 2005. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

²²⁸ Ibid., p.89.

decisões da Corte.²²⁹ Portanto, é falacioso o argumento de que o mero aumento do número de decisões com a utilização das novas tecnologias aumentaria a qualidade das decisões. Esses argumentos não afrontam a inexorabilidade da justiça eletrônica, mas chamam atenção para o fato de que as novas tecnologias são instrumentais e que novos arranjos tecnológicos podem preservar velhos problemas.

Nesse novo contexto da Era Informacional, abre-se espaço para discussões sobre a teoria do direito na sociedade em rede. Esse tema mostra sua complexidade, tendo em vista que mesmo teorias que não levam em conta a estruturação reticular da sociedade ainda não chegaram a um consenso, por exemplo, sobre a existência (ou não) de relação necessária (ou contingente) entre direito e moral.

De toda maneira, ainda de forma incipiente, autores como François Ost e Michel van Kerchove²³⁰, bem como Jacques Chevallier²³¹ discutem se o Estado contemporâneo abraçaria a teoria da pluralidade de fontes tendo em vista um suposto esgotamento da teoria de Kelsen: para os autores, estaríamos na passagem de uma estrutura piramidal para uma estrutura em rede na teoria do direito. A estrutura hierárquica para esses autores estaria perdendo sua capacidade explicativa, tendo em vista que a sociedade contemporânea tem por fundamento colaboração e coordenação (seria necessária uma teoria jurídica que desse conta da dinâmica da sociedade contemporânea).²³² Todavia, a discussão sobre um suposto esgotamento da teoria de Kelsen ainda não se encerrou, inclusive com os novos aportes das teorias positivistas, positivistas inclusivas e positivistas exclusivistas e obviamente com as considerações de autores não positivistas, como Dworkin e Alexy.²³³

Apesar da efervescência das discussões no campo da teoria do direito (que devem se tornar ainda mais complexas quando se considerarem os novos desafios da sociedade em rede), as discussões acerca dos dilemas do Estado na sociedade em

²²⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. Judicial Review, Reasons and Technology: A Glance at Constitutionalism and Democracy. In: **25th IVR World Congress. Law Science and technology. Frankfurt am Main. 15-20 August 2011**. Frankfurt: Goethe Universität Frankfurt am Main, 2012. p.1-12. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/14524795.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

²³⁰ OST, François; KERCHOVE, Michel Van. **De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

²³¹ CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

²³² VERONESE, Alexandre. Revisando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia do Direito**, v.15, n.1, p.93-95, 2013.

²³³ Vide: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

rede não podem passar ao largo da proteção aos direitos humanos – especialmente porque a historicidade desses direitos os conformam de acordo com os contextos históricos e sociais. Nesse sentido, os direitos humanos "fornecem um quadro para articular algumas estruturas básicas para a governança na sociedade da informação".²³⁴ Embora diversas variáveis, como economia, inovação, escolhas políticas e tradições jurídicas desempenhem papel essencial na análise das questões que emergem na sociedade da informação, os direitos humanos devem servir de guia a essas análises. Em vista disso, Sartor faz um apanhado geral dos direitos humanos inscritos na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e sua relação com a Era Informacional.²³⁵

Com base no artigo 1.º da Declaração de Direitos Humanos de 1948, na sociedade da informação, o direito à liberdade (compreendido como direito à autodeterminação) e à dignidade (compreendido, por sua vez, como a consideração e respeito aos desejos de cada indivíduo) ensejam outros direitos mais específicos e determinados: direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. O artigo 12 da Declaração de Direitos Humanos de 1948 refere-se ao direito à privacidade, que fundamenta o direito de cada cidadão ao controle das suas informações. Na sociedade da informação, a "sombra informacional" (*"information shadow"*) acompanha a todo indivíduo e constitui parte de sua personalidade social. Também ligado à liberdade e à dignidade está o direito de não discriminação. Esse direito tem especial relevância na criação de mecanismos e princípios (como a neutralidade da rede) que evitem a exclusão de acesso à internet de determinadas pessoas ou grupos, bem como a proibição de discursos do ódio.

Também a Declaração de Direitos Humanos de 1948 protege a segurança pessoal entendida não apenas como a segurança física ou como a mente "corporificada" em nosso cérebro. Esse direito protege também as extensões de nossa mente como a memória dos computadores e outros eletrônicos que contêm nossos pensamentos, projetos, relações com pessoas que conhecemos etc. Esse tema é incipiente, mas de necessário desenvolvimento.

²³⁴ SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

²³⁵ SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

O artigo 19 relaciona-se ao direito de opinião, expressão e acesso a informação. Esse direito foi, sem dúvida, favorecido pelo desenvolvimento da internet, mas em regimes não democráticos é, em geral, limitado ou controlado pelo Estado. De toda maneira, há muita controvérsia sobre os limites desse direito, tendo em vista a moralidade pública de cada comunidade, bem como os discursos do ódio.

Os direitos de autor, do artigo 27, também são colocados em questão devido à facilidade de compartilhamento de arquivos na rede. Há uma tensão entre participação cultural e direitos autorais.

Também são impactantes os reflexos das novas tecnologias no direito de participação política (vide considerações no capítulo 3 desta pesquisa) e no direito ao trabalho (especialmente diante das empresas em rede e da sua deslocalização conforme exposto no item 2.2 supra).

Acrescenta-se à exposição de Sartor o fato de, como se sabe, os direitos humanos terem estrutura de princípios, logo estão sujeitos à colisão, especialmente (mas não somente) na integração entre realidade física e realidade virtual (a análise da audiência pública no capítulo 5 enfatizará o tema).

Por fim, Sartor menciona uma ideia essencial a este trabalho: as teorizações de Amartya Sen auxiliam na compreensão de como as novas tecnologias não somente fornecem novas maneiras de satisfação dos direitos humanos, mas contribuem para identificação de novos direitos.²³⁶

Nesse contexto, serão examinadas as teorizações de Sen, no sentido de analisar se a racionalidade efficientista no manejo e regulação das novas tecnologias por parte do Estado em rede deve preponderar sobre a racionalidade que urge o apelo à proteção aos direitos humanos, em especial, ao direito ao desenvolvimento.

²³⁶ SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

4.2 DIREITOS HUMANOS NA ERA INFORMACIONAL: AS CONEXÕES ENTRE GOVERNANÇA, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE INFORMÁTICA

4.2.1 A teoria reticular e o direito ao desenvolvimento: para além do princípio da eficiência

As teorias da justiça contemporâneas costumam ser apresentadas a partir do grande divisor de águas do pensamento contemporâneo: "A Teoria da Justiça", de John Rawls, obra publicada nos Estados Unidos em 1973, que gerou forte discussão sobre o tema nos meios acadêmicos. Autores clássicos foram revisitados (em especial, os utilitaristas pelas críticas que receberam de Rawls) e novas teorias foram construídas refutando ou agregando elementos à teoria de Rawls ou pelo menos dialogando com o autor (como exemplo, o libertarianismo de Robert Nozick, o liberalismo igualitário de Ronald Dworkin, o comunitarismo de Michel Sandel, de Michel Walzer, de Alasdair MacIntyre e Charles Taylor).

As teorizações de Amartya Sen (no campo da economia) e de Martha C. Nussbaum (no campo da filosofia), muitas vezes, não são classificadas como uma teoria da justiça ímpar, mas apenas como críticas às teorizações ao liberalismo como equidade de John Rawls.²³⁷ No entanto, nas últimas décadas, o trabalho de ambos tem chamado atenção não apenas pelas críticas a Rawls, mas pela robustez teórica a ponto de se afirmarem em uma teoria da justiça particular: a teoria capacitária ou teoria das capacidades.²³⁸

²³⁷ Vide: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008; KYMLICA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006; SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

²³⁸ Embora sejam tributárias de muitos pontos de partida, as teorias desenvolvidas por Sen e Nussbaum têm peculiaridades distintas. Não é central nesse trabalho fazer uma análise exaustiva de ambas para localizar essas diferenças. Tendo em vista que graças ao desenvolvimento teórico de Sen, organismos como a UNESCO hoje adotam o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no qual fatores como taxa de mortalidade, escolaridade, taxa de emprego, entre outros, são analisados para aferir a qualidade de vida da população (conforme CASTRO, Susana de. Apresentação à edição brasileira. In: NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.xviii), este trabalho terá como fio condutor as teorizações de Sen (embora reconheça e aproveite a riqueza das teorizações de Nussbaum).

Não parece haver uma teoria da justiça desenvolvida especificamente levando em consideração os detalhes da sociedade em rede. Mesmo assim, argumenta-se neste trabalho que as teorizações de Amartya Sen não parecem ser incompatíveis com a teoria das redes (embora essa constatação não a torne reticular). Isso se demonstra pela análise das dez teses sobre a globalização elaboradas por Amartya Sen por ocasião dos protestos no início do século XXI em cotejo com a teoria reticular exposta nos dois primeiros capítulos deste trabalho.²³⁹

Primeira: os manifestantes não são apenas agentes locais, mas homens e mulheres do mundo que fazem queixas de alcance global (a tensão entre local e global é central na teoria reticular); segunda: a globalização vem progredindo ao longo de milhares de anos por meio de viagens, comércio, migração, difusão de influências culturais e disseminação de conhecimento, envolvendo, por exemplo, ciência e cultura (é uma das teses de Castells que a globalização sempre existiu, tendo em vista que a estrutura reticular é, por excelência, a estrutura de organização da vida); terceira: a globalização enriqueceu o mundo científico, cultural e economicamente, e o sofrimento dos pobres de todo o mundo não pode ser revertido enquanto se impedir que eles desfrutem das vantagens da tecnologia contemporânea e do intercâmbio internacional, ou seja, é preciso uma distribuição mais equânime dos frutos da globalização (Castells aponta os problemas da infoexclusão e assimetria global); quarta: a questão central é a desigualdade entre países e dentro deles, dessa forma a grande questão é como dividir os ganhos da globalização (a teoria reticular não passa ao largo das assimetrias da globalização); quinta: mesmo que tenham razão os que dizem que os pobres, em geral, tenham progredido um pouco no mundo globalizado, é necessário prestar atenção à concentração de riqueza e desigualdade; sexta: é necessário perguntar se a distribuição dos ganhos da globalização é equânime ou aceitável; sétima: o mercado é uma instituição dentre muitas e não toma lugar da sociedade ou do Estado (há necessidade de diretrizes públicas que protejam os pobres relacionadas, por exemplo, à saúde, educação básicas, geração de empregos, reforma agrária e outros) e a distribuição dos benefícios da interação internacional depende de arranjos globais, "dentre os quais arranjos comerciais, leis de patentes,

²³⁹ SEN, Amartya. Dez teses sobre a globalização. Tradução Paulo Migliacci. **Folha de S.Paulo**, 09 set. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200106.htm>> Acesso em: 10 jul. 2017.

iniciativas médica, intercâmbio educacional, projetos de disseminação de tecnológica, diretrizes ecológicas e ambientais etc." (as empresas em rede e organizações supranacionais são novos atores políticos, segundo Castells); oitava: a arquitetura econômica mundial foi herança da Conferência de Bretton Woods, de 1944, tempo no qual era maior a tolerância quanto à pobreza e havia muita fragilidade dos direitos humanos; nona: é preciso rever o equilíbrio mundial do poder político mundial (as redes são dinâmicas sendo alteradas pelas relações de poder dentro e entre elas); décima: "A construção global é a resposta necessária às dúvidas globais" (Castells chega a admitir uma futura governança global).

Assim, analisaremos o direito ao desenvolvimento como um desdobramento da teoria da justiça capacitária que pode auxiliar no provimento de respostas quanto à natureza das inovações tecnológicas (um fim em si mesmo ou ferramental para proteção de direitos).

Sen tem interesse por economia, mas, sobretudo, por problemas éticos e metaéticos relacionados à ideia de capacidade. Crítico do utilitarismo, adota como critério de avaliação da justiça das instituições sociais a centralidade na liberdade que as pessoas têm para escolher seu modo de vida (justiça como liberdade). Também rejeita a ideia de que os mecanismos de mercado são tudo o que precisamos para alcançar o bem comum. Isso se dá pelo fato de que, por razões distributivas, a sociedade requer estruturas para além do mercado.²⁴⁰ Não se pode encobrir a questão da (des)igualdade sob a ideia de eficiência social – é preciso enfrentar essa questão ao invés de evitá-la.

O autor critica as teorias da justiça que visam o que chama de "justiça transcendental", que busca identificar uma situação de justiça perfeita (e, por isso, não factível) e propõe uma teoria da justiça com foco em realizações e capacidades contemplando os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato e com acordos com base na argumentação racional pública sobre alternativas que possam ser realizadas.²⁴¹

A grande questão é determinar os critérios para que uma instituição seja justa. A essa questão, o utilitarismo responderia que a justiça é resultado da eleição

²⁴⁰ SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.9-14.

²⁴¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.40-48.

da instituição social que maximiza o bem-estar social. Nesse sentido, a bondade do Estado deve ser julgada pelas consequências de suas ações (consequencialismo), ou seja, pela utilidade que é provida aos indivíduos.²⁴² Portanto, para o utilitarismo, o Estado mais justo é aquele que oferece maior utilidade global a partir de um juízo social (a soma do bem-estar individual).²⁴³

No entanto, para a teoria das capacidades, a concepção utilitarista é limitada, pois não tem em conta ideais de liberdade e igualdade, que são substanciais para o julgamento de assuntos sociais. O utilitarismo também falha ao excluir a ideia de justiça como noção básica, apesar de ter por base a ideia de igualdade. Ademais, para o utilitarismo, o único princípio racional para ordenar a sociedade seria o princípio da utilidade média, uma vez que, para os utilitaristas, qualquer princípio distributivo seria irracional e injusto. Portanto, teriam o mesmo valor as políticas A e B relacionadas aos indivíduos i e j na matriz abaixo, pois ambas teriam o mesmo valor de utilidade global:

QUADRO 1 - UTILITARISMO: DISTRIBUIÇÃO DAS UTILIDADES

	INDIVÍDUO I	INDIVÍDUO J
Política A	5	5
Política B	10	0

FONTE: SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.19.

O utilitarismo não tem interesse em como é feita a distribuição das utilidades, mas na utilidade total – o que Sen entende como a grande insuficiência da teoria utilitarista. Em geral, afirma o autor, mesmo as contemporâneas correntes utilitaristas ignoram as liberdades substantivas.²⁴⁴ Apesar de crítico ao raciocínio utilitarista, especialmente pela sua indiferença distributiva e pela dificuldade da quantificação da utilidade a partir de dados mentais (prazer, felicidade e desejo), é possível apontar

²⁴² "O utilitarismo é uma ampla tradição do pensamento filosófico e social, não um princípio único. A ideia utilitarista central consiste em que moralidade e política estão (e devem estar) centralmente preocupadas com a promoção da felicidade". (MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012. p.1).

²⁴³ SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.16-17.

²⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.82.

dois méritos da abordagem: a importância de levar em consideração os resultados das ações sociais e a necessária atenção ao bem-estar das pessoas.²⁴⁵

Para a teoria capacitária, a utilidade global utilitarista é insuficiente – o que deve ser avaliado o modo como se distribui o bem-estar (essa é a chave da ideia de direito ao desenvolvimento proposta por Sen).

A princípio o autor afirmava a tese do maximin lexográfico de John Rawls (poderia-se analisar a sociedade a partir de ponderações a favor daqueles que estão em pior situação)²⁴⁶ considerando a posição originária e o princípio da diferença: Rawls parte de uma situação hipotética (posição original) nas qual as partes (concebidas como racionais) vivem sob o véu da ignorância de interesses e paixões para conceber a sociedade a partir de critérios públicos. Nesse contexto, Rawls afirma que as pessoas escolheriam ser governadas por dois princípios de justiça: o primeiro deve garantir as liberdades individuais fundamentais; o segundo deve assegurar que desigualdades sociais e econômicas somente serão aceitas caso ofereçam o maior benefício possível aos menos favorecidos.²⁴⁷

Todavia, Sen, com o desenrolar de suas pesquisas, passou a afirmar que o princípio de Rawls é insuficiente²⁴⁸ e também que seriam necessárias outras críticas ao utilitarismo, em especial à ideia de que a utilidade (identificada como estado mental que se tenha por valiosos – prazer, felicidade e satisfação) é insuficiente. "Levar em conta fundamentalmente a 'reação mental' de alguém ante determinada ação ou estado de coisas representa um erro [...]", uma vez que as pessoas podem se adaptar a sua condição.²⁴⁹

Por isso, é arbitrário comparar desigualdade a partir da intensidade dos desejos tendo em vista que existem pessoas mais resignadas que outras. Portanto,

²⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.86-87.

²⁴⁶ Vide: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; Id. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

²⁴⁷ BARRETTO, Vicente de Paula; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p.219-220.

²⁴⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.95-97.

²⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p.74.

um problema insolúvel da utilidade como estado mental é a dificuldade de avaliação da justiça das instituições ou políticas sociais a partir do bem-estar individual.²⁵⁰

Assim, a ideia de utilidade é complexa, pois leva em conta elementos subjetivos. Para refinar a teoria, alguns economistas propõem levar em consideração requisitos objetivos. A renda real ou a medida da posse de um mínimo de coisas vitais parece constituir ou condicionar o bem-estar individual. A teoria capacitária também é crítica desse ideário, pois a teoria utilitarista não logrou apresentar critérios que determinam completamente a avaliação. Para Sen, o importante não é o que se tem, mas o que se consegue realizar com o que se tem (são as "realizações").²⁵¹

Assim, a ideia de realizações é essencial, uma vez que pessoas com os mesmos bens podem lograr realizações diferentes (por exemplo, a mesma quantia de alimentos). O conjunto de realizações é definido pelas "capacidades" de cada indivíduo. Nesse sentido, o conjunto de capacidades de uma pessoa reflete a liberdade que o indivíduo tem para levar o tipo de vida que valoriza (o valor que tem um modo de vida depende da liberdade que a pessoa teve para elegê-lo). Dessa maneira, o juízo da qualidade de vida depende da própria avaliação do modo de vida que a pessoa possui. Logo, os valores das pessoas são importantes para juízos sociais porque indicam os critérios pelos quais certo grupo de realizações e liberdades foram eleitas.²⁵²

O conjunto de capacidades de uma pessoa é definido como o conjunto de realizações a seu alcance. Quando se examina o bem-estar de uma pessoa devem ser consideradas não somente suas capacidades, mas as realizações que elegeu. A liberdade de bem-estar é a ideia geral de liberdade para viver bem.²⁵³

Sen constrói elucidativo exemplo²⁵⁴: um indivíduo A morre de fome porque é muito pobre e não dispõe de meios para conseguir alimentos; B também morre de fome porque decide, em virtude de suas crenças religiosas, optar pela miséria. A e B tiveram, em relação à fome, o mesmo tipo de bem-estar, mas B poderia ter escolhido um outro tipo de vida. O nível de liberdade de bem-estar é diferente para ambos.

²⁵⁰ SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.22.

²⁵¹ Ibid., p.24.

²⁵² Ibid., p.23-28.

²⁵³ SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.74-75.

²⁵⁴ Ibid., p.82.

Assim, a vida boa é uma vida de liberdade. O bem-estar deve ser concebido em termos de vetores de realizações e da capacidade em persegui-las (liberdade de bem-estar). Assim, é proposição essencial de Sen que as realizações de uma pessoa sejam avaliadas a partir de seu conjunto de capacidades de realizações (liberdade de bem-estar). Para o autor, ter a liberdade de escolha é algo importante em si mesmo:

Ao atentarmos para a natureza da vida humana, temos razões para nos interessar não só pelas várias coisas que conseguimos fazer, mas também pelas liberdades que realmente temos para escolher entre diferentes tipos de vida. A liberdade de escolher nossa vida pode contribuir significativamente para nosso bem-estar, mas, indo além da perspectiva de bem-estar, a própria liberdade pode ser vista como importante. A capacidade de oferecer razões e escolher é um aspecto significativo da vida humana. Na verdade, não temos obrigação de procurar apenas o nosso bem-estar, e cabe a nós decidir quais são as coisas que temos boas razões para buscar [...]. Não temos que ser um Gandhi, um Martin Luther King Jr., um Nelson Mandela ou um Desmond Tutu para reconhecer que podemos ter objetivos ou prioridades que diferem da busca inflexível do nosso bem-estar apenas. As liberdades e as capacidades das quais desfrutamos também podem ser valiosas para nós, e, em última análise, cabe a nós decidir como usar a liberdade que temos.²⁵⁵

A partir desses pressupostos, pode-se afirmar que a teoria capacitária não se limita a considerar as realizações alcançadas: é possível a determinação do nível da liberdade de bem-estar a partir das oportunidades reais de escolha de modos de vida dos membros de dada sociedade. Dito de outro modo, a justiça das instituições é avaliada em termos da liberdade real que as pessoas têm para escolher seu modo de vida.

O próprio Sen afirma que sua teoria pode parecer com o ideário de Rawls, que afirma que a finalidade da justiça social é alcançar uma estrutura social de liberdades iguais para todos, mas que favorece maximamente os que estão em pior situação nessa estrutura. A grande diferença é que, para Sen, o valor da liberdade depende do que se possa fazer com a liberdade. Por isso, é criticável a pressuposição de Rawls de que a determinação do nível dos bens primários de que disponha uma pessoa seja suficiente para indicar a liberdade de que ela dispõe (é preciso avaliar a liberdade real). Em suma, o critério de justiça, para Sen, é o da igualdade de capacidades (liberdade real de eleição de modos de vida) e não a posse de bens

²⁵⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.48-49.

primários. Esse é um modo de julgar as instituições sociais a partir de critérios distributivos no qual mercado e Estado são instituições centrais.²⁵⁶ Sobre a diferença da justiça como equidade de Rawls e a teoria capacitária, afirma Nussbaum que "a justiça como equidade é uma abordagem procedimental e o enfoque das capacidades é uma abordagem orientada ao resultado".²⁵⁷

Sen analisa o mercado não em termos de eficiência, mas relacionando-o aos direitos individuais e, a partir dessa análise, critica o libertarianismo de Robert Nozick²⁵⁸ e seu entendimento de que os direitos individuais têm prioridade absoluta quando nos referimos à justiça sendo que os intercâmbios do mercado (independentemente de gerarem bons ou maus resultados) sempre serão justos se não violarem os direitos antecedentes das partes, especialmente, a liberdade pessoal e a propriedade. Para Sen, a estrutura ética da teoria de Nozick é criticável, tendo em vista que nenhuma estrutura social pode ser considerada justa simplesmente com base na aceitação de alguns direitos primários independentemente das consequências. Essa tese de Sen é afirmada a partir da análise da situação de países pobres. Segundo os estudos do autor, mesmo o exercício legítimo desses direitos leva à perda de emprego, renda e fome.²⁵⁹

A partir dessas considerações, a teoria capacitária questiona se o mercado é aceitável simplesmente por ser parte do exercício legítimo dos direitos individuais. Como resposta, Sen não nega que o mercado tem papel importante em relação ao papel das pessoas e às suas imunidades: o mercado possibilita que as pessoas tomem decisões sem interferência das demais. Mas isso não é suficiente: é preciso analisar como se comportam os mercados a partir da ideia de liberdade como oportunidade (relacionada à ideia de capacidades, ou seja, se o mercado é capaz de propiciar às pessoas oportunidades reais de viver de um modo que julguem valioso). Nesse campo, não basta apenas a avaliação de eficiência.²⁶⁰

²⁵⁶ SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p.23-28.

²⁵⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.213.

²⁵⁸ Sobre a teoria libertária de Nozick vide: NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

²⁵⁹ SALCEDO, op. cit., p.32.

²⁶⁰ SALCEDO, loc. cit.

Sen é crítico ao utilitarismo tendo em vista que essa corrente somente avalia os estados que resultam de ações sem dar nenhum significado a moral à situação do agente que atua nem ao modo como atuou. O utilitarismo tem por essência a ideia de preferência (que quer encobrir qualquer atividade volitiva, pois, para o utilitarismo, quando alguém tem preferência por algo, a única atividade racional seria perseguir esse objetivo). Todavia, para a teoria capacitária, não importa se "x é bom", mas, se "x é bom para y". A partir do exposto, torna-se uma tarefa menos árdua compreender a ideia de direito ao desenvolvimento proposta por Sen.

Embora vivamos em mundo de opulência sem precedentes, vivemos igualmente em um mundo de privação e opressão extraordinários. Superar esses problemas é uma parte central do processo de desenvolvimento. A condição de agente dos indivíduos é essencial na análise dessa situação, mas é importante perceber que essa condição é limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que cada indivíduo dispõe. Por isso, existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o conhecimento simultâneo de centralidade da força individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. "Para combater os problemas que enfrentamos, temos que considerar a liberdade individual como um comprometimento social".²⁶¹

Então, a expansão das liberdades deve ser vista como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento, isto é, para a eliminação das privações de liberdade que limitam escolhas e oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privação das liberdades substanciais é constitutiva do desenvolvimento.²⁶² Nesse sentido, não se trata de imaginar a justiça com um atributo metafísico: a justiça é um bem para todos; a "justiça é algo que os seres humanos amam e perseguem"²⁶³; a justiça tem conexões com a ideia de liberdade e a concepção de homem como "animal político"; a justiça inclui a ideia de que a

²⁶¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.10.

²⁶² Ibid., p.9-10.

²⁶³ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.108.

pessoa tem "um profundo interesse na escolha, incluindo a escolha de um modo de vida e de princípios políticos que o governem".²⁶⁴

Portanto, é necessária uma análise integrada das atividades econômicas, sociais e políticas, envolvendo uma multiplicidade de instituições e condições de determinado agente relacionadas de forma interativa (a teoria reticular viabiliza, em seus termos, uma análise parecida).

Sen teoriza sobre o que chama de "liberdades instrumentais". Essas liberdades cruciais ao desenvolvimento incluem: oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Nesse sentido, as

[...] disposições sociais, envolvendo muitas instituições (o Estado, o mercado, o sistema legal, os partidos políticos, a mídia, os grupos de interesse público e os foros de discussão pública, entre outras), são investigados segundo sua contribuição para a expansão e garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudanças, e não como recebedores passivos de benefícios.²⁶⁵

Assim, desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam e está além do enfoque que identifica desenvolvimento com o aumento do Produto Nacional Bruto, aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social.²⁶⁶ As liberdades dependem de outros determinantes como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, incremento nos serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de provação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.²⁶⁷ A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo nega liberdades elementares a um grande número de pessoas.

²⁶⁴ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.106-107.

²⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.11.

²⁶⁶ Id. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.380-382.

²⁶⁷ Id. **Desenvolvimento como liberdade**, op. cit., p.16-17.

A liberdade é central no processo de desenvolvimento, pois i) a avaliação do progresso deve ser baseada no aumento da liberdade das pessoas (razão avaliatória); ii) a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente dos indivíduos (razão de eficácia), que é motor fundamental do desenvolvimento:

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras de boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.²⁶⁸

Como exposto nos parágrafos acima, Sen não nega o papel dos mercados como parte do processo de desenvolvimento e concorda com a afirmação de Adam Smith de que a liberdade de troca e transação é uma parte essencial das liberdades básicas. Nesse sentido, a contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é importante, mas vem depois do reconhecimento da importância da importância da liberdade de troca (de palavras, bens, presentes). Contudo, admitir a importância do mercado não significa excluir o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado.²⁶⁹

A perspectiva capacitária da justiça ressalta que a privação da liberdade econômica pode tornar a pessoa uma presa fácil na violação de outros tipos de liberdade. Nesse sentido, é insuficiente a valoração apenas da liberdade de transações econômicas. É preciso apreciar o papel de outras liberdades que enriquecem a vida que as pessoas possam levar. Conclui que as liberdades fortalecem umas às outras e, com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seus próprios destinos e ajudar uns aos outros.²⁷⁰

Sen chama atenção para o fundamento de sua teoria: a não relação de causa e efeito entre riqueza econômica e a capacidade de viver do modo como gostaríamos. Há relação, não se pode negar, entre opulência e realizações, mas outras circunstâncias são importantes. Se as pessoas desejam mais riquezas, é

²⁶⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.18.

²⁶⁹ Ibid., p.20-23.

²⁷⁰ Ibid., p.26.

preciso indagar quais as razões desse desejo, do que depende sua concretização e o que podemos fazer com mais riqueza.

Portanto, as riquezas não são desejáveis por si mesmas, mas são desejáveis porque são meios para termos mais liberdades para levar o tipo de vida que valorizamos, ou seja, a riqueza ajuda os indivíduos a obter as chamadas liberdades substantivas. Por isso, uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir além da acumulação de riqueza ou, por exemplo, do crescimento do PIB. O crescimento econômico é importante, mas a análise deve ir além dele: o desenvolvimento tem que estar relacionado com a melhora de vida que levamos e com as liberdades que desfrutamos.²⁷¹ O contentamento (utilidade) não é a única coisa que importa na vida humana: "o empenho ativo (realizações) também é muito importante".²⁷²

Sobre as liberdades políticas, a privação delas não é exceção no mundo:

No que se refere a outras privações de liberdades, a um número enorme de pessoas em diversos países do mundo são sistematicamente negados a liberdade política e os direitos civis básicos. Afirma-se com certa frequência que a negação desses direitos ajuda a estimular o crescimento econômico e é "benéfica" para o desenvolvimento econômico rápido. Alguns chegam a defender sistemas políticos mais autoritários – com a negação de direitos civis e políticos básicos – alegando a vantagem desses sistemas na promoção do desenvolvimento econômico. [...]. Na verdade, comparações mais abrangentes entre países não forneceram nenhuma confirmação dessa tese, e há poucos indícios de que a política autoritária realmente auxilie o crescimento econômico.²⁷³

A liberdade política e as liberdades civis são importantes por si mesmas, pois somente a partir delas as pessoas podem participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Nesse sentido, privações dessas liberdades restringem a vida social e a vida política mesmo que não acarretem desastres econômicos. As liberdades civis e políticas são constitutivas da liberdade humana e sua negação é uma deficiência da liberdade.

Por isso, é equivocada a visão libertária que guarda atenção apenas aos procedimentos que permitem a liberdade de ação sem deitar olhos aos desfavorecidos (trata-se de uma perspectiva demasiadamente limitada, pois inviabiliza um juízo que

²⁷¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.34-37.

²⁷² NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.350.

²⁷³ SEN, op. cit., p.30.

leve em conta as liberdades substantivas que as pessoas têm). Também se equivocam os consequencialistas que apenas analisam as oportunidades (sem se preocupar com os processos que geram as oportunidades).²⁷⁴

A análise do desenvolvimento feita por Sen se refere à expansão das capacidades que as pessoas possuem de levar o tipo de vida que elas valorizam. Há uma via de mão dupla na relação entre política pública e uso efetivo das capacidades das pessoas: ambas se influenciam mutuamente, de maneira que o êxito de uma sociedade deve ser avaliado a partir das liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam, uma vez que ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo. O enfoque das capacidades

[...] dirige nossa atenção para o que as pessoas são de fato capazes de fazer e de ser. Todas as liberdades básicas são definidas como habilidades de fazer algo. Elas não estão garantidas se, por causa de carência econômica ou educacional, as pessoas são incapazes de atuar de acordo com as liberdades que lhes são formalmente garantidas. Dessa forma, o enfoque salienta a interdependência entre as liberdades e as medidas econômicas.²⁷⁵

Dessa maneira a ideia de desenvolvimento tem como ponto de partida o incremento da condição de agente das pessoas (sendo termo agente compreendido como alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos). A condição de agente permite ao indivíduo participar das ações econômicas, sociais e políticas, interagir no mercado e envolver-se em atividades, por exemplo, na esfera política.²⁷⁶

Note-se que Sen, em sua teoria, analisa a relação entre mercado e liberdade, mas afirma que perspectivas que analisam o mercado apenas a partir de sua eficácia são insuficientes. Afirma que um contexto no qual um mercado sadio é gerado por um sistema em que as decisões são centralizadas em um ditador seria deficiente, pois faltaria nesse cenário a liberdade das pessoas de agir como desejassem ao decidir onde trabalhar, como produzir ou que consumir. Assim, a análise da economia

²⁷⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.32.

²⁷⁵ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.357.

²⁷⁶ SEN, op. cit., p.32-34.

centrada na utilidade desconsidera o valor central da própria liberdade – gerando um paradoxo.²⁷⁷

Por outro lado, o autor pondera que teorias que desconsideram o valor do mercado também não são suficientes, uma vez que o capitalismo conseguiu fazer substituir o trabalho forçado por um sistema de contratação de mão de obra livre.²⁷⁸

Há visões divergentes sobre o desenvolvimento: algumas consideram o desenvolvimento como um processo duro de austeridade e disciplina e, outras o consideram como carta branca para o corte de direitos sociais e desfavorecimento da democracia. A abordagem de Sen é compatível com a possibilidade de um processo "amigável" no qual junto à atuação do mercado existe uma rede de segurança social e de liberdades. Nesse contexto a expansão das liberdades é considerada como fim primordial e principal meio do desenvolvimento.²⁷⁹

A teoria capacitária afirma sua crença em que a liberdade de participação e dissensão política são partes constitutivas do desenvolvimento. Ressalta também que os diferentes tipos de liberdade se inter-relacionam (as liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência; segurança protetora). Por serem encadeadas, pode-se afirmar que a liberdade é o principal fim do desenvolvimento e é, ao mesmo tempo, seu principal meio. Nesse trabalho, a ênfase é a garantia de transparência, mas essa liberdade é interdependente das demais.

As liberdades políticas (incluindo os direitos civis) são as oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e quais princípios devem orientar os governos (relacionam-se à busca do ideal democrático). As facilidades econômicas são as oportunidades para utilização de recursos econômicos com propósitos de consumo, produção e troca. Por sua vez, as oportunidades sociais são as possibilidades de fruição de direitos nas áreas sociais (por exemplo, saúde e educação). A segurança protetora é uma rede de segurança social que impede que as pessoas no limiar da vulnerabilidade sejam conduzidas à miséria absoluta ou até mesmo à fome e à morte. Com relação à garantia de transparência, Sen faz as seguintes afirmações:

²⁷⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.43-44.

²⁷⁸ Ibid., p.47.

²⁷⁹ Ibid., p.55.

Em interações sociais, os indivíduos lidam uns com os outros com base em alguma suposição sobre o que lhes está sendo oferecido e o que podem esperar obter. Nesse sentido, a sociedade opera com alguma presunção básica de confiança. As garantias de transparência referem-se às necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: a liberdade de lidar uns com os outros sobre garantia de dessegredo e clareza. Quando essa confiança é gravemente violada, a vida de muitas pessoas – tanto as envolvidas diretamente como terceiros – pode ser afetada negativamente. As garantias de transparência (incluindo o direito à revelação) podem, portanto, ser uma categoria importante de liberdade instrumental. Essas garantias têm um claro papel instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas.²⁸⁰

Em vista do exposto, as liberdades instrumentais suplementam-se e reforçam-se mutuamente. Sen afirma, em relação à justiça, que, as atividades avaliatórias não devem privilegiar a utilidades (utilitarismo) e nem os bens primários de Rawls, mas o das liberdades substantivas (capacidades) de escolher uma vida que se tem razão para valorizar. Com base em todas essas teses, Sen propõe a perspectiva capacitária:

Se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos (como Rawls recomenda explicitamente), então será preciso levar em conta não apenas os bens primários que as pessoas possuem, mas também as características pessoais relevantes que governam a conversão de bens primários na capacidade de a pessoa promover seus objetivos.²⁸¹

A essência da teoria capacitária é a ideia de que a capacidade do indivíduo consiste nas possibilidades de realizações do indivíduo. Em outros termos, capacidade é um tipo de liberdade de realizar combinações alternativas que podem tornar viáveis estilos de vida diversos.²⁸²

²⁸⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.60.

²⁸¹ Ibid., p.104.

²⁸² Nussbaum tem como característica peculiar de sua teoria a proposição de dez capacidades centrais, que afirma corresponder, de certa forma, a lista dos direitos humanos, que pode ser resumida como segue: 1. direito à vida: não morrer prematuramente por falta de assistência ou cuidado; 2. saúde física: ser capaz de ter uma boa saúde, inclusive saúde reprodutiva; alimentar-se adequadamente; ter proteção adequada; 3. integridade física: não ser vítima de violência, poder circular livremente pelos lugares, ter oportunidade de satisfação sexual e liberdade de escolha em assuntos reprodutivos; 4. sentidos, imaginação e pensamento: ser capaz de usar os sentidos, imaginar, pensar e raciocinar – e de fazer essas coisas de uma maneira "verdadeiramente humana"; uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada; ser capaz de usar a própria mente de modo protegido pelas garantias de liberdade de expressão com relação tanto ao discurso artístico quanto político, e liberdade de exercício religioso; 5. emoções: ser capaz de amar quem nos ama e se preocupa conosco; não ter o próprio desenvolvimento emocional prejudicado por sentimentos de medo e angústia; 6. razão prática: ser capaz de formar uma

Logo, as análises sobre o desenvolvimento requerem uma base de informações ampla que deve levar em conta a utilidade (bem-estar humano), os processos de escolha, a liberdade de agir e as capacidades (ou seja, a possibilidade de escolha da vida boa que se deseja ter). Para tanto, afirma o autor, as instituições são essenciais, pois os indivíduos atuam em um mundo de instituições, que devem ser avaliadas à luz das suas contribuições para nossa liberdade.²⁸³ Em relação ao Estado, Nussbaum afirma que alguns

[...] pensadores do direito sustentam que assegurar um direito a uma pessoa requer somente a inibição da interferência da ação do Estado. Se o Estado retira suas mãos disso, esses direitos são considerados assegurados; o Estado não tem mais nenhuma tarefa afirmativa. [...] O enfoque das capacidades, ao contrário, estende a garantia de um direito como tarefa afirmativa. Esse entendimento tem sido central tanto para a versão do enfoque de Sen quanto para a minha. O direito à participação política, o direito ao livre exercício da religião, o direito à liberdade de expressão – a melhor forma de conceber garantia destes e de outros direitos é estabelecer se as capacidades relevantes para agir [*to function*] estão presentes.²⁸⁴

Para Sen, as instituições, nessas avaliações, devem ser analisadas de forma integrada. Por exemplo, na análise do mercado e da sua contribuição para eficiência, não se pode limitar a julgar a eficiência apenas no que tange ao incremento dos resultados econômicos tradicionais. É necessário estender esse julgamento para considerar o incremento das liberdades individuais. Nesse sentido, a ideia de desenvolvimento deve ser atrelada para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida²⁸⁵ e o Estado precisa agir para que grupos tradicionalmente marginalizados sejam tratados justamente.²⁸⁶

concepção de bem para si mesmo e de refletir criticamente sobre o planejamento da própria vida; 7. afiliação: a. ser capaz de viver com outros e por outros; b. ter a base social para o autorrespeito e não humilhação; 8. outras espécies: ser capaz de viver com preocupação por e em relação a plantas, animais e o mundo da natureza; 9. lazer: ser capaz de rir, brincar e participar de atividades de recreação; 10. controle sobre o próprio ambiente: a. político: ser capaz de participar de escolhas políticas. b. material: ser capaz de ter propriedade. (CASTRO, Susana de. Apresentação à edição brasileira. In: NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.xx-xxi). Essa lista é aberta e está em contante mutação.

²⁸³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.188.

²⁸⁴ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁸⁵ SEN, op. cit., p.188-192.

²⁸⁶ NUSSBAUM, op. cit., p.355.

Nussbaum afirma que a concepção capacitária tem por ponto de partida uma concepção da dignidade do ser humano e da vida que seja apropriada a essa dignidade e que as capacidades possam ser perseguidas por qualquer pessoa, "cada uma sendo tratada como um fim e nenhuma como mero instrumento para fins dos outros".²⁸⁷ Em suma, as capacidades são uma espécie de abordagem dos direitos humanos.²⁸⁸

Nessa linha, o direito ao desenvolvimento, como proposto por Sen, é uma espécie de ponte entre as diferentes categorias de direitos:

A categoria do direito humano ao desenvolvimento exsurge na conjuntura contemporânea de proteção dos direitos humanos como um conjunto de processos – de múltiplas naturezas (econômica, política, social e cultural) – voltado à expansão e realização das liberdades humanas e, por isso mesmo, reclama um a visão universal, integrada e interdependente dos direitos. Nesse contexto, o desenvolvimento mirado a partir da lente dos direitos humanos há de ser concebido como um processo de ampliação das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, consoante aduz Amartya Sen. Antes apreendido como um conceito meramente econômico, o desenvolvimento ganhou contornos humanos, econômicos e sociais, deprecando uma ação global.²⁸⁹

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986 cristalizou a mudança de foco do direito ao desenvolvimento com viés puramente economicista para um viés de desenvolvimento voltado à pessoa humana como seu beneficiário e participante ativo (o viés chamado de *Human Right approach*). Haveria uma conformação bifronte desse direito: um direito individual inerente a todo ser humano e um direito fundamental ao desenvolvimento que implica o redesenho institucional. Nesse sentido, a liberdade humana é tanto o fim como o meio para o desenvolvimento. Nesse contexto, o direito ao desenvolvimento faz a integração entre todos os demais direitos, ou seja, é uma espécie de síntese das dimensões dos direitos humanos que reforça suas promessas.²⁹⁰

²⁸⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.85.

²⁸⁸ Ibid., p.94.

²⁸⁹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. O abismo da universalização dos direitos e o papel do direito humano ao desenvolvimento como ponte. In: **Direitos humanos na ordem contemporânea**: proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2015. v.6. p.13-24.

²⁹⁰ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.165-222.

O grande desafio que se apresenta ao século XXI é o de promover a mudança no sistema de valores que atualmente determina a economia global e chegar a um sistema compatível com as exigências da dignidade humana.²⁹¹ Dessa maneira, focalizar os demais direitos a partir do direito ao desenvolvimento contribui para o desvelamento para a existência de outros direitos (em termo morais) e contribui para sua positivação (termos legais). Como exemplo, segundo Sartor, o direito de acesso à internet é um direito existente, mas isso não exclui a utilidade de explicitá-lo nas constituições.²⁹²

4.2.2 Liberdade informática: os limites da intervenção do Estado na esfera privada

A fim de excluir a interpretação da utilização das novas tecnologias por parte do Estado como incremento à eficiência, bem como para iniciar a reflexão sobre a regulação sobre o tema (que será apresentada no capítulo 5), a proposição central deste trabalho é a leitura da liberdade informática à luz do direito ao desenvolvimento de maneira que a eficiência não seja o princípio máximo da sociedade em rede e da Era da Informação. Na sequência, serão apresentados os pressupostos teóricos da liberdade informática.

Nas últimas décadas, o universo conceitual e contextual dos juristas se modificou profundamente, tendo em vista a transformação dos pressupostos culturais, políticos e econômicos produzidos na sociedade tecnológica. A revolução tecnológica redimensionou as relações entre o indivíduo e os demais homens, as relações entre os seres humanos e a natureza, assim como as relações do ser humano com seu contexto ou marcos de convivência. A informática tem sido o marco de nossa convivência a tal ponto que se alude a teorias como a de Castells para analisá-la.

Ao tentar compreender o impacto das novas tecnologias na esfera dos direitos humanos, Antonio Enrique Pérez Luño salienta a importância da construção

²⁹¹ Capra afirma, a partir do conceito de "teia da vida" a necessidade de reorganizar o mundo segundo um conjunto de valores diferentes (que não tenha o acúmulo de dinheiro como único sustentáculo) e isso não só para o bem estar das organizações humanas, mas para a sobrevivência e sustentabilidade da humanidade como um todo. (CAPRA, Fritjof. **Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002. p.181).

²⁹² SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

histórica dos direitos humanos: o paradigma geracional dos direitos humanos tenta dar conta de aspectos dos contextos temporalmente determinados desses direitos. Recusa, assim, a tese da Ilustração sobre a formulação desses direitos como categorias a expressar as exigências atemporais e perpétuas da natureza humana cuja evidência se pode demonstrar por meio da razão (jusracionalismo).²⁹³ À luz da tese de Dworkin de que os direitos devem ser levados a sério pelo Estado, o autor analisa o direito informático como direito de terceira geração.

A mutação histórica revelou as sucessivas gerações de direito. Se os direitos humanos de primeira geração (direitos de defesa que exigem a não ingerência do Estado na vida privada) nascem como um viés individualista, os direitos de segunda geração (fruto das lutas sociais do século XIX) refletem a mudança do Estado liberal de direito para o Estado social de direito. Por meio de técnicas jurídicas de prestação e de serviços públicos são afirmados os direitos econômicos, sociais e culturais.²⁹⁴

No entanto, na contemporaneidade, temas como direito à paz, direito dos consumidores, direitos relacionados à biotecnologia e à manipulação genética, direito à qualidade de vida e à liberdade informática colocam a humanidade frente a um conjunto de direitos que complementam as fases anteriores: os direitos humanos de terceira geração que se apresentam

como uma resposta ao fenómeno da denominada "contaminação das liberdades" (*liberties' pollution*), termo com o qual alguns setores da teoria anglo-saxã aludem à erosão e degradação que aflige aos direitos fundamentais ante determinados usos das novas tecnologias.²⁹⁵

Esse fenómeno (potencial erosão e degradação dos direitos fundamentais) se coloca tendo em vista que a revolução tecnológica redimensionou as relações dos seres humanos com a natureza e isso tem reflexo em todas as esferas da vida (como exposto no capítulo 2). De maneira, para Luño estão inclusos no catálogo dos

²⁹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes e Sociedade Global** (Universidade Federal de Santa Maria), v.2, n.1, p.164-167, jan./jun. 2013.

²⁹⁴ Ibid., p.163-196.

²⁹⁵ Tradução livre de: "[...] como una respuesta al fenómeno de la denominada 'contaminación de las libertades' (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10.ed. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2010. p.578).

direitos de terceira geração, além do direito informático, o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao desenvolvimento e à paz.²⁹⁶

Como seu viúvo Luño se refere a gerações de direitos, que faz corresponder cada uma das gerações de direitos aos marcos institucionais jurídico-políticos:

Assim, as liberdades de signo individual representam a geração de direitos conformadores do Estado liberal; os direitos econômicos sociais e culturais fazem parte do catálogo geracional constitutivo do Estado Social; y a terceira geração de direitos configura o traço distintivo do atual modelo político do Estado Constitucional de Direito.²⁹⁷

Em relação às teorizações de Luño, uma ponderação é necessária. Neste trabalho, diferentemente de Luño, entende-se mais adequada a designação de "dimensões" dos direitos humanos às diferentes fases de trajetória dos direitos. O motivo é que o termo gerações pode fundamentar a falsa ideia de que teria havido a substituição de uma antiga geração de direitos por outra nova.²⁹⁸ Como se viu acima, Luño, apesar de utilizar o termo "gerações", afirma que as diversas fases se complementam. Em vista disso, mesmo nas referências às teorizações desse autor, será utilizado, a partir desse ponto, o termo "dimensões".

²⁹⁶ O termo "terceira geração de direitos fundamentais" é devido à Karel Vasak (Diretor do Departamento Jurídico da Unesco), que, em 1979, deu como título à palestra inaugural da Décima Sessão do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo *"Pour les droits de l'homme de la troisième génération"*. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes e Sociedade Global** (Universidade Federal de Santa Maria), v.2, n.1, p.168, jan./jun. 2013).

²⁹⁷ Tradução livre de: *"Así, las libertades de signo individual representan la generación de derechos conformadores del Estado liberal; los derechos económicos sociales y culturales entrañan el catálogo generacional constitutivo del Estado Social; y la tercera generación de los derechos configura el rasgo distintivo de actual modelo político del Estado Constitucional de derecho"*. (Ibid., p.170).

²⁹⁸ "Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.55).

Em relação aos direitos de quarta dimensão, no plano das relações entre os seres humanos, a potencialidade das modernas tecnologias permitiu, não há dúvidas, melhores condições de vida para a humanidade, no entanto, a utilização e desenvolvimento dessas mesmas tecnologias tem sido uma grave ameaça a direitos, não somente no campo da tecnologia da informação e comunicação, mas também para os direitos relativos ao meio ambiente, à qualidade de vida e à paz. Assim, questões ligadas à tecnologia da informação e comunicação, ao meio ambiente, à bioética e às biotecnologias, à gestão das políticas relacionadas à indústria bélica e arsenais nucleares e à manutenção da paz são conexos, em alguma medida, tendo em vista ao desenvolvimento das novas tecnologias na Era Informacional. Dentro dos lindes deste trabalho, serão desenvolvidas análises relacionadas à tecnologia da informação e comunicação.

A chamada tecnologia da informação e da comunicação permitiu o estabelecimento de comunicações interplanetárias. No capítulo 2, foi analisada a conformação da sociedade na contemporaneidade a partir da ideia de sociedade em rede – configuração dominante hoje pelo desenvolvimento de novas tecnologias. Foram essas novas tecnologias que possibilitaram que os seres humanos de nosso tempo pudessem estabelecer comunicações sem limites no espaço e em tempo real. A internet é a síntese dessa revolução.

Todavia, se as novas tecnologias propiciaram novas formas de exercício dos direitos e podem contribuir para o tecido participativo das sociedades democráticas, como todas as conquistas da técnica e da ciência, suas possibilidades emancipatórias não estão isentas de riscos:

O controle eletrônico dos documentos de identificação, o processo informatizado de dados fiscais, educativos e médicos, o registro e gestão das aquisições comerciais realizadas com cartões de crédito, assim como as reservas de viagem, representam algumas mostras bem conhecidas da onipresente vigilância informática de nossa existência habitual. [...] Cada cidadão registrado em um banco de dados está exposto a uma vigilância contínua e inadvertida, que afeta inclusive aos aspectos mais sensíveis de sua vida privada; [...].²⁹⁹

²⁹⁹ Tradução livre de: *"El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, educativos y médicos, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la onnipresente vigilancia informática de nuestra existencia"*

Então, há uma nova necessidade na sociedade da informação: o estabelecimento de garantias que tutelem os cidadãos frente a eventual erosão e assalto tecnológico de seus direitos e liberdades.

A liberdade informática é um novo direito de autotutela da própria identidade informática, ou seja, é o direito de controlar (conhecer, corrigir, apagar ou agregar) os dados pessoais inscritos nos bancos de dados eletrônicos. Isso é importante, tendo em vista que todos os cidadãos estão potencialmente expostos às violações de sua intimidade perpetradas na Era Informacional.³⁰⁰ Em uma sociedade na qual "informação é poder", a atenção ao tema por parte do direito é imprescindível.

Entre as novidades trazidas pelas novas tecnologias, ocupa um lugar destacado a necessidade de estabelecimento de novos marcos teóricos a fim de analisar os problemas surgidos da interpelação entre direito e informática. Para tanto, é útil o quadro conceitual proposto por Pérez Luño no qual se localizam o direito informático (relacionado à regulação das novas tecnologias da informação) e a informática jurídica (aplicação das tecnologias de informação ao direito).

O direito informático é o setor normativo dos sistemas jurídicos contemporâneos integrado pelo conjunto de disposições dirigido à regulação das novas tecnologias da informação e comunicação. Integram o direito informático as proposições normativas que têm por objeto analisar, interpretar, expor, sistematizar ou criticar o setor normativo que disciplina a informática e a telemática.³⁰¹ Na sociedade contemporânea em rede, as fontes e a estrutura temática do direito informático afetam os ramos do direito tradicional.

O direito informático alberga: i) a liberdade informática, ou seja, a defesa das liberdades frente a eventuais agressões perpetradas pelas tecnologias da informação e comunicação (objeto de interesse do direito constitucional e administrativo – que nesse trabalho será objeto de atenção especial, tendo em vista sua vinculação com questões de governança e de privacidade); ii) o problema da regulação do fluxo internacional de dados informatizados (que interessa sobremaneira ao direito internacional público); iii) os delitos informáticos (que tendem a se configuram num âmbito especial do direito penal). Não se pode olvidar das implicações do tema no

*habitual. [...] cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; [...]". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.41).*

³⁰⁰ Ibid., p.12.

³⁰¹ PÉREZ LUÑO, loc. cit.

direito privado, por exemplo, em questões contratuais no âmbito do direito civil e comercial. Há, portanto, um caráter transversal no direito informático.

A liberdade informática é o direito de autotutela da própria identidade informática, ou seja, é o direito de controlar (conhecer, corrigir, apagar ou agregar) os dados pessoais inscritos nos bancos de dados eletrônicos.³⁰² Isso é importante, tendo em vista que todos os cidadãos estão expostos às potenciais violações de sua intimidade perpetradas na Era Informacional. Em uma sociedade na qual "informação é poder" a regulação jurídica do tema é imprescindível. É preciso garantias que tutelem os cidadãos frente a eventual erosão e assalto tecnológico dos seus direitos e liberdades (em especial, mas não somente, a tutela de sua vida privada).³⁰³

Equivalente à liberdade informática, na Alemanha, construiu-se, doutrinária e jurisprudencialmente, o direito à autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Sua função é garantir aos cidadãos as faculdades de informação, acesso e controle dos seus dados nas suas relações com os demais cidadãos e com o poder público. Na Alemanha é "a liberdade para determinar quem, o que e em qual ocasião poderão ser conhecidas as informações que concernem a cada sujeito".³⁰⁴ É o acesso e controle de dados pessoais.

A liberdade informática tem conexões com os cinco tipos de liberdade propostos por Sen e expostas acima (liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência; segurança protetora). O controle dos dados que estão no espaço de fluxos da internet importa para as liberdades políticas (por exemplo, garantia da manutenção do direito ao voto e à candidatura); tem relação com as facilidades econômicas (na sociedade do consumo é vital o controle das informações que os diversos bancos de dados possuem sobre a vida econômica do indivíduo); as oportunidades sociais e segurança protetora somente podem ser acessadas por aqueles que fazem parte de certas redes e cujos dados estejam acessíveis em determinados banco de dados; a garantia de transparência é vital nessa relação, uma vez que se trata da garantia de lidar uns com os outros sem segredo e com clareza. Segundo Sen, a partir das liberdades mínimas, os indivíduos

³⁰² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p.26-27.

³⁰³ Sobre a tutela desse direito no Brasil, vide capítulo 5.

³⁰⁴ Tradução livre de: "[...] a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto". (Id. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.14).

podem escolher uma vida que valorizam. Então não se pode conceber liberdade informática apenas como incremento da eficiência no controle das informações, mas como via para o desenvolvimento como liberdade.

Ainda sobre o quadro conceitual proposto por Luño, na sociedade em rede, onde a livre atuação pública dos cidadãos é condicionada às suas possibilidades de acesso à informação, ganha importância o *habeas data*. Se o *habeas corpus* surgiu como reação frente ao abuso da privação de liberdade física, o *habeas data* é uma garantia processual de defesa da identidade da pessoa, da sua autodeterminação e da sua intimidade.³⁰⁵

Sobre o controle do fluxo internacional de dados (uma das dimensões do direito informático), em nossa época, pelo seu volume, adquiriu importância o intercâmbio de dados entre os diferentes países. O problema do fluxo transnacional de dados (*transborder data flow*) suscitou um aberto conflito de interesses entre os países produtores e consumidores de dados informáticos. Os países desenvolvidos estão em melhor situação para gerenciar as informações do que os subdesenvolvidos. Logo, é preciso debate acerca de como os países subdesenvolvidos, que não têm tecnologia informática própria, podem exercer o controle sobre dados recolhidos em seu território.³⁰⁶

O grande desafio das sociedades atuais reside em fazer compatível o fluxo internacional de dados (que é condição necessária para o progresso e desenvolvimento econômico da sociedade civil e para a garantia da eficácia dos poderes públicos) com o respeito às liberdades:

Nas sociedades interconectadas de nosso tempo o fluxo internacional de dados resulta, portanto, imprescindível para assegurar o desenvolvimento econômico do setor privado e para possibilitar que os poderes públicos alcancem suas metas e cumpram suas obrigações com eficácia. Essas exigências estão em tensão com a tutela das liberdades (em especial, com a garantia da intimidade).³⁰⁷

³⁰⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.14-17.

³⁰⁶ Ibid., p.34-40.

³⁰⁷ Tradução livre de: "*En las sociedades interconectadas de nuestro tiempo el flujo internacional de datos resulta, por tanto, imprescindible para asegurar el desarrollo económico del sector privado y para posibilitar que los poderes públicos alcancen sus metas y cumplan sus obligaciones con eficacia. Estas exigencias suelen plantearse en tensión abierta con la tutela de las libertades y, en particular, con la garantía de la intimidad*". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.39).

Sobre os delitos informáticos (que fazem parte do campo do direito informático), inclui-se nesse rótulo o conjunto de condutas criminais que se realizam por meio de computador e que afetam o funcionamento dos sistemas informáticos. São peculiaridades da criminalidade informática: supõe uma nova versão de delitos tradicionais ou aparecimento de novos delitos impossíveis antes do aparecimento das novas tecnologias; possui categorias efêmeras tendo em vista as inovações tecnológicas constantes que permitem a configuração de novos tipos; tem por característica a dificuldade de descoberta, prova e persecução, o anacronismo dos sistemas jurídicos bem como a insuficiência de instrumentos penais relativos às distintas formas de criminalidade informática.³⁰⁸

O segundo elemento do quadro conceitual proposto por Pérez Luño é a informática jurídica (aplicação das tecnologias de informação ao direito). Trata-se de uma disciplina que estuda o tratamento automatizado: das fontes do conhecimento jurídico, por meio dos sistemas de documentação legislativa, jurisprudencial e doutrinal (*informática jurídica documental*); as fontes de produção jurídica, por meio da elaboração informática dos fatores lógico-formais que concorrem no processo legislativo e na decisão judicial (*informática jurídica decisional*); e os processos de organização da infraestrutura e dos meios instrumentais com os quais se faz a gestão do direito (*informática jurídica de gestão*).³⁰⁹

³⁰⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996. p.17-24.

³⁰⁹ A informática jurídica documental tem por objeto a informatização de sistemas relativos às fontes de conhecimento jurídico: legislação, jurisprudência e doutrina. Possui extrema relevância dado que a "inflação normativa" é um dos fenômenos característicos das sociedades tecnológicas. Por conta disso, há uma crise de informação jurídica necessária para o acesso a um incessante fluxo de leis e decisões jurisprudenciais. A transparência do sistema normativo é essencial para a certeza do direito. Essa crise somente pode ser enfrentada por meio do adequado emprego da tecnologia. Informática jurídica de gestão é o equivalente ao termo em inglês "*Office Automation*" e significa a possibilidade de automação das tarefas rotineiras dos operadores jurídicos em seus escritórios. É a automatização do recebimento e transmissão de comunicações de qualquer tipo, de leitura e redação de textos; do gerenciamento, organização e atualização de arquivos e registros; do controle de pagamentos; da estipulação de condições e controle do cumprimento delas. São tarefas relacionadas à redação, registro, transcrição, contabilidade, documentação, comunicação e certificação. Com esse ferramental, tanto juízes como advogados podem dedicar-se mais a tarefas que exijam atividades criadoras. Luño chama de informática jurídica metadocumental ou decisional os procedimentos dirigidos à substituição ou reprodução das atividades do jurista a fim de oferecer-lhe soluções de problemas (e não mera documentação). A inteligência artificial é o grande suporte dessa área e abarca desde a compreensão da linguagem natural, o reconhecimento de imagens e sons, até uma ampla e diversa gama de jogos e simulações. Luño pondera que, mesmo que as máquinas possam processar informações e estabelecer inferências lógicas, elas não podem compreender a multiplicidade das circunstâncias que concorrem nas condutas humanas. Então, por ora, apenas em aspectos rotineiros da atividade do operador do direito, com variáveis fechadas, é possível recorrer aos sistemas de inteligência artificial em busca de soluções

Esse quadro conceitual demonstra a amplitude da matéria, bem como os desafios propostos não somente às ciências ligadas à engenharia da computação, mas às ciências humanas e ao direito.

As teorizações de Sen e Luño em conjunto são capazes de rechaçar a tese de que a eficiência em um fim em si mesmo para o Estado na Era Informacional, tanto na adoção de instrumentais de governança como na regulação dos espaços de fluxos característicos da sociedade em rede. Esse tema tem conexões com outra espécie de governança, que não se confunde com a governança estatal: a governança da internet. O último capítulo deste trabalho examinará a questão.

5 GOVERNANÇA DA INTERNET: O DILEMA DO CONTROLE DAS INFORMAÇÕES NO ESPAÇO DE FLUXOS

Ao longo dos capítulos anteriores, foram apresentados argumentos que afirmam o valor central da informação no mundo globalizado e na Era Informacional. Em vista disso, cresceu a importância da comunicação e ficaram evidentes suas conexões com a democracia na construção de valores na esfera pública na sociedade em rede. O estudo dessas temáticas serviu para contextualizar a grande questão tema desta pesquisa: os dilemas do Estado em relação à informação na sociedade em rede.

No capítulo anterior, apresentou-se a primeira face desse dilema: a governança estatal e a gestão de informações. Concluiu-se que são bem-vindos os instrumentos de governança inspirados em instrumentos tecnológicos de gestão típicos das empresas privadas. Todavia, a partir das conexões entre governança, direito ao desenvolvimento como liberdade e liberdade informática demonstrou-se que é insuficiente, na governança estatal, o incremento da eficiência como fim em si mesmo.

No presente capítulo, o tema central é a governança da internet e os dilemas relacionados a sua (des)regulação, bem como os espaços que devem ou não ser ocupados pelo Estado. Este capítulo é dividido em três partes:

A primeira (5.1) traz reflexões sobre a regulação da internet e a tensão entre a liberdade informática e o controle estatal e o papel dos interesses econômicos na gestão da rede. A segunda parte (5.2) apresenta os princípios da internet no Brasil (Decálogo do Comitê Gestor da Internet no Brasil) que informaram os princípios do Marco Civil da Internet. Verifica-se tanto no Decálogo, do CGI, quanto no Marco Civil da Internet a preocupação com a garantia dos direitos humanos, mas a incipiência do tema reclama articulações mais refinadas. Isso se comprova pelo conteúdo da terceira parte (5.3), na qual será apresentada a análise da audiência pública, no Supremo Tribunal Federal, sobre o bloqueio de aplicativos de mensagens (ADI 5527 e ADPF 403).

Como se pode observar da leitura do apêndice 1 deste trabalho, há diversas questões que são discutidas pelos expositores chamados a se pronunciar frente aos Ministros Rosa Weber e Edson Fachin no STF. Sobre diversos deles, por exemplo, a questão da utilização ou não da criptografia por aplicativos de mensagens ou sobre a fundamentação do bloqueio como sanção ao descumprimento de ordens judiciais,

ainda não há consenso na comunidade jurídica. Este trabalho não tem por objetivo resolver essas questões, mas quer examinar o contexto do problema. Nesse sentido, são feitas reflexões a partir do desenvolvimento desse trabalho que permitem afirmar que há novos desafios postos ao Estado relacionados a sua atuação frente a organização social reticular e a Era Informacional.

5.1 (DES)REGULAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS: DILEMA ENTRE LIBERDADE INFORMÁTICA, CONTROLE ESTATAL E CONTROLE PELO CAPITAL

5.1.1 Os dilemas da regulação no mundo: o sonho de um espaço de autorregulação

Em relação ao tema da regulação da internet, cabe uma observação inicial. Neste trabalho, será utilizado o termo governança na sua acepção mais ampla, ou seja, significando a gestão de qualquer instituição (e não apenas de instituições governamentais). O tema ainda está em discussão:

No debate sobre governança da Internet, especialmente na fase inicial da CMSI [Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação] 2003, surgiu uma controvérsia em relação ao termo 'governança' e suas inúmeras interpretações. De acordo com uma das interpretações, governança é sinônimo de governo. Muitas delegações nacionais tinham esse entendimento inicial, levando à interpretação de que a governança da Internet deveria ser assunto de governos e consequentemente abordada no nível intergovernamental com a participação limitada de outros atores, principalmente não relacionados ao Estado. Esta interpretação colidiu com o significado mais amplo do termo 'governança', que inclui a governança dos assuntos de qualquer instituição, incluindo instituições não governamentais. Este foi o significado aceito pelas comunidades da internet, uma vez que descreve a forma como a Internet tem sido governada desde o seu início. [...].³¹⁰

Essa observação terminológica permite distinguir o tema do capítulo 4 deste trabalho (governança estatal) do tema do presente capítulo (governança da internet).

A internet³¹¹, embora criada em 1969, começou a se difundir no início dos anos Oitenta. Câmbios na regulação, tecnologia da banda larga, difusão dos computadores

³¹⁰ KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.21-22. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_d_a_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³¹¹ Sobre a grafia do vocábulo com inicial maiúscula ou minúscula, Jovan Kurbalija argumenta (ao utilizar a grafia com letra inicial maiúscula) que em 2003, a revista *The Economist* começou a utilizar a grafia com inicial minúscula tendo em vista que a internet se tornou um elemento

personais, programas de *software* simplificados e necessidade empresariais e do público impulsionaram a rede. A internet, no entanto, não é apenas uma ferramenta de estudo, trabalho ou entretenimento, pois

[...] os usuários da internet (a maioria da população nas sociedades avançadas e uma proporção cada vez maior da população de terceiro mundo) vivem com a internet. Como se há podido constatar em múltiplas investigações, a internet, em suas distintas aplicações, é o tecido da comunicação de nossas vidas: para o trabalho, os contatos pessoais, a informação, o entretenimento, os serviços públicos, a política e a religião.³¹²

Em relação à regulação da rede, houve uma espécie de projeto libertário que teve eco no anos Noventa, quando John Perry Barlow, cofundador da *Electronic Frontier Foundation*, confrontou com discurso, em Davos, a posição regulatória dos Estados Unidos em relação à rede.³¹³ Pérez Luño³¹⁴ aponta três ideias guias sobre

corriqueiro da realidade (como telégrafo ou televisão). Todavia, em 2006, na Conferência da União Internacional de Telecomunicações (UIT), em Antália, David Gross, embaixador dos Estados Unidos, manifestou sua preocupação de que a grafia minúscula utilizada pela UIT poderia revelar a intenção de tratar a internet como apenas um entre os demais sistemas de telecomunicação. (KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.20-21. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_d_a_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun 2017). Não há consenso. Neste trabalho, utilizar-se-á a grafia com letra inicial minúscula homenageando o fato de que, apesar de sua singularidade, a internet, mesmo considerando a infoexclusão, tem reflexos em todos os campos da vida e é conhecida e utilizada por parte significativa da população mundial.

³¹² Tradução livre de: "[...] los usuarios de Internet (la mayoría de la población en las sociedades avanzadas y una proporción cada vez mayor del Tercer Mundo) viven con Internet. Como se ha podido constatar en múltiples investigaciones, internet, en sus distintas aplicaciones, es el tejido de la comunicación de nuestras vidas: para el trabajo, los contactos personales, la información, el entretenimiento, los servicios públicos, la política y la religión". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.100).

³¹³ "Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une. Os governos derivam seu justo poder a partir do consenso dos governados. Vocês não solicitaram ou receberam os nossos. Não convidamos vocês. Vocês não vêm do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Não temos governos eleitos, nem mesmo é provável que tenhamos um, então eu me dirijo a vocês sem autoridade maior do que aquela com a qual a liberdade por si só sempre se manifesta. Eu declaro o espaço social global aquele que estamos construindo para ser naturalmente independente das tiranias que vocês tentam nos impor. Vocês não têm direito moral de nos impor regras, nem ao menos de possuir métodos de coação a que tenhamos real razão para temer. Vocês não nos conhecem, muito menos conhecem nosso mundo. O espaço cibernético não se limita a suas fronteiras. Não pensem que vocês podem construí-lo, como se fosse um projeto de construção pública. Vocês não podem. Isso é um ato da natureza e cresce por si próprio por meio de nossas ações coletivas. Vocês não se engajaram em nossa grande e aglomerada conversa, e também não criaram a riqueza de nossa reunião de mercados. Vocês não conhecem nossa cultura, nossos códigos éticos ou falados que já proveram nossa sociedade com mais ordem do que se fosse obtido por meio de qualquer das suas imposições. Vocês alegam que existem problemas entre nós que somente vocês podem solucionar. Vocês usam

as quais o texto se articula: a afirmação da autonomia dos internautas em relação à autoridade estatal; negação dos conceitos e categorias jurídicas tradicionais; e confiança utópica em um ciberespaço ideal. Essa utopia parece não ser mais tão crível, pois os grandes beneficiários da anarquia da internet não são os internautas, mas grandes conglomerados de empresas multinacionais e os governos que querem exercer um controle não democrático sobre seus cidadãos.

Sobre a perspectiva da internet como um domínio de liberdade com base nos costumes da comunidade virtual, Pattaro e Sartor chamam atenção para a "perda da inocência da internet"³¹⁵ pelos motivos que seguem.

Em primeiro lugar, o crescimento da rede e da diversidade de seus usuários colocaram em questão a existência de uma comunidade da internet. A diversidade insere na rede, ao mesmo tempo, por exemplo, discursos sobre arte, conhecimento, racismo e pedofilia e permite que comportamento antissociais na rede sejam implementados fora dela (por exemplo, terrorismo ou turismo sexual).

O segundo fator da perda de inocência da rede foi a sua utilização para atividades econômicas. Isso introduziu poderosos atores dentro da rede. A colonização

essa alegação como uma desculpa para invadir nossos distritos. Muitos desses problemas não existem. Onde existirem conflitos reais, onde existirem erros, iremos identificá-los e resolvê-los por nossos próprios meios. Estamos formando nosso próprio Contrato Social. Essa maneira de governar surgirá de acordo com as condições do nosso mundo, não do seu. [...] Na China, Alemanha, França, Rússia, Singapura, Itália e Estados Unidos, vocês estão tentando repelir o vírus da liberdade, erguendo postos de guarda nas fronteiras do espaço cibernético. Isso pode manter afastado o contágio por um curto espaço de tempo, mas não irá funcionar num mundo que brevemente será coberto pela mídia baseada em bits. Sua indústria da informação cada vez mais obsoleta poderia perpetuar por meio de proposições de leis na América e em qualquer outro lugar que clamam por nosso próprio discurso pelo mundo. Essas leis iriam declarar ideias para serem outro tipo de produto industrial, não mais nobre do que um porco de ferro. Em nosso mundo, qualquer coisa que a mente humana crie, pode ser reproduzida e distribuída infinitamente sem nenhum custo. O meio de transporte global do pensamento não mais exige suas fábricas para se consumir. Essas medidas cada vez mais coloniais e hostis os colocam na mesma posição daqueles antigos amantes da liberdade e autodeterminação que tiveram de rejeitar a autoridade dos poderes distantes e desinformados. Precisamos nos declarar virtualmente imunes de sua soberania, mesmo se continuarmos a consentir suas regras sobre nós. Nós espalharemos pelo mundo para que ninguém consiga aprisionar nossos pensamentos. Criaremos a civilização da Mente no espaço cibernético. Ela poderá ser mais humana e justa do que o mundo que vocês governantes fizeram antes. Davos, Suíça 8 de fevereiro de 1996. (BARLOW, John Perry. Declaração da Independência do Ciberespaço. In: **DHnet – Rede Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 1.º maio 2017).

³¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e los derechos humanos. In: **Derecho y conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocer. Helva: Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, 2002. v.2. p.101-121. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/2550>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

³¹⁵ PATTARO, Enrico; SARTOR, Giovanni. **Norms, Laws and the Internet**. Paper presented to the II Congreso Mundial de derecho informático. Madri, 23-27 set. 2002. p.13-15. Disponível em:

da internet pelo mundo dos negócios fez com que falhassem os mecanismos de autorregulação da rede que vinham funcionando bem. Quando diferentes organizações empresariais emergiram, uma visão empresarial parece ter tomado conta da rede.

Outro fenômeno na rede foi a divisão da comunidade em diferentes grupos (por exemplo: fornecedores e consumidores; provedores de conteúdo e leitores; desenvolvedores de software e usuários). Dessa maneira, atores diferentes e grupos de interesse diferentes levaram à necessidade de alguma normatividade. A grande questão é qual a dimensão dessa regulação.

Outras variáveis também se fazem importantes na análise do tema da regulação. A relação entre internet e telefonia móvel é uma delas.³¹⁶ Quando se analisa a regulação da internet, não se pode olvidar a importância das redes sem fio na multiplicação de acesso. Na atualidade, a comunicação sem fio se converteu na forma predominante de comunicação (desde 2002, a telefonia móvel superou em quantidade as linhas de telefonia fixa). Essa multiplicação acontece, também, em países mais pobres. Apesar da infoexclusão, "[...] estudos realizados na China, América Latina e na África têm demonstrado que os pobres dão uma alta prioridade as suas necessidades de comunicação e utilizam parte importante de seus escassos recursos para satisfazê-las".³¹⁷

Outra variável que merece atenção nas discussões sobre regulação da rede são as dimensões do processo comunicativo (interpessoal, comunicação de massas e autocomunicação de massas) que atuam em conjunto para produzir significados a partir de interpretações individuais e da interação humana. Foi o aparecimento da autocomunicação de massa que forneceu a plataforma tecnológica e incrementou a potencial autonomia dos atores sociais em relação às instituições sociais: "É por isso que os governos têm medo da Internet"³¹⁸ e se preocupam em regulá-la.

<https://pdfs.semanticscholar.org/b0e4/17deb977ddf52e511c4ac0591445a643bcd0.pdf?_ga=2.30760637.385040270.1503183775-876020297.1503183775>. Acesso em: 1.º maio 2017.

³¹⁶ KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.21. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³¹⁷ Tradução livre de: "[...] estudios realizados na China, América Latina y África han demostrado que los pobres dan una alta prioridad a sus necesidades de comunicación y utilizan una parte importante de su escaso presupuesto para satisfacerlas". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.98).

³¹⁸ Id. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.16.

Portanto, a importância e vitalidade da rede, somente foi possível a partir de determinadas mudanças na Era Informacional³¹⁹ que se resumem como segue.

A primeira transformação foi o desenvolvimento de ferramental tecnológico que possibilitou o aumento da interação. Ademais, houve mudanças na própria estrutura organizativa da comunicação que tornaram os atores sociais não somente receptores, mas emissores de conteúdo. Essa segunda transformação foi possível pela comercialização generalizada de ferramental para comunicação, a concentração de empresas de comunicação em conglomerados e redes e a convergência empresarial entre os diversos segmentos que viabilizam, especialmente, a comunicação digital.

A terceira mudança ocorreu na "dimensão cultural do processo de transformação multinível da comunicação".³²⁰ Nessa dimensão, desenvolvem-se concomitantemente as seguintes contraposições: a) uma cultura global e diversas culturas identitárias e b) modelos culturais individualistas e modelos culturais comunitários. Por conta dessa dimensão cultural, o modelo comunicacional é contraditório e exige a criação de novos protocolos de comunicação para viabilizar a conexão entre as redes. É a qualidade desses protocolos que pode redundar em cooperação social. Caso contrário, protocolos de comunicação frágeis levam à fragmentação. Se todos os protocolos gerassem comunicação, a regulação da internet talvez fosse dispensável, todavia, protocolos de comunicação frágeis podem levar à competição e conflito. Nesse caso, o direito será convidado a intervir.

Em outra ponta, com o incremento da comunicação sem fio e com a maior capacidade e disponibilidade de banda larga, a internet está se tornando análoga à rede de energia elétrica e vai se fazendo presente em todos os âmbitos da vida social: a mobilidade possível pela comunicação sem fio está tornando a conectividade perpétua.

Essa nova dinâmica tecnológica viabilizou que qualquer usuário possa construir seu próprio sistema de comunicação por intermédio de *blogs*, *vlogs*, *podcasts*, páginas pessoais na internet, redes sociais, aplicativos de mensagens, sistemas colaborativos de grande escala (por exemplo, a Wikipedia e sistema de jogos colaborativos) ou por intermédio de vídeos disponibilizados pelo YouTube e similares.

³¹⁹ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.86-92.

³²⁰ Ibid., p.90.

Nesse contexto, uma notável rede de intercâmbio de conteúdo desafia, inclusive, a regulação dos direitos autorais. Nesse sentido, "[...] qualquer coisa que caia na internet, com independência de intenção do autor, se converte em uma garrafa lançada ao oceano da comunicação global, uma mensagem suscetível de ser recebida e processada de formas imprevistas".³²¹

Noutra ponta, o crescimento exponencial e a complementariedade entre os meios de comunicação e de autocomunicação de massa fizeram crescer os interesses políticos e empresariais, de modo que há uma disputa pelo controle do tráfico e acesso. Nesse sentido, a análise da regulação da internet na sociedade em rede não pode perder de vista que não é apenas o Estado, mas também entidades movidas por estratégias empresariais e de rentabilidade que processam e modelam a revolução tecnológica.

Os meios de comunicação dependem da receita de publicidade, de patrocinadores corporativos e pagamento dos consumidores. Na passagem da comunicação de massa para a autocomunicação de massa, houve a formação de redes globais de empresas interconectadas em alianças estratégicas. Assim, as redes de comunicação são globais, mas as empresas de multimídia que a integram não o são necessariamente. É importante destacar as características dessas redes: propriedade concentrada, oferecimento de diversos produtos na mesma plataforma (ou um só produto em diversas plataformas), adaptação às audiências cada vez mais segmentadas, e busca da sinergia ótima entre as integrantes da rede. Todos esses temas interessam ao direito.

Para demonstrar a propriedade concentrada, Castells³²² se refere à conexão entre "As Sete Magníficas" (as maiores multinacionais de comunicação) e as empresas de internet³²³ por meio de associações, investimentos e acordos de distribuição entre elas.³²⁴ No entanto, a mera soma de recursos mediante fusões não garante maiores

³²¹ Tradução livre de: "[...] cualquier cosa que se cuelgue en Internet, con independencia de la intención del autor, se convierte en una botella lanzada al océano de la comunicación global, un mensaje susceptible de ser recibido y reprocesado de formas imprevistas". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.103).

³²² Ibid., p.112-116.

³²³ Essas conexões são entre "As Sete Magníficas" (Time Warner, Disney, NewsCopr, Bertelsman, NBC Universal, CBS e Viacom), Google, Microsoft, Yahoo e Apple. (Ibid., p.115).

³²⁴ Os meios de comunicação se conectam com outras redes por intermédio dos membros de seus conselhos. Castells demonstra essas conexões com redes financeiras e afirma que elementos conselhos de administração das multinacionais de comunicação têm lugar em bancos de investimento, fundos privados e organizações como NASDAQ e Bolsa de Valores de Nova York.

lucros. É preciso sinergia a partir da estratégia organizativa da rede.³²⁵ Portanto, a organização em rede não implica na desconcentração de propriedade:

Em resumo, as empresas que formam o núcleo das redes de comunicação globais desenvolvem políticas de concentração de propriedade, alianças com empresas, diversificação de plataformas, adaptação à audiência e economia de sinergia com distintos graus de êxito.³²⁶

Assim, na análise das redes globais e nos interesses que subjazem às redes, é importante salientar a relação entre o global e o local, bem como a concentração de propriedade. Essas redes se conectam não somente por aquisição, mas por associações e investimentos. Ademais, as redes locais importam conteúdo global adaptando esse conteúdo ao gosto local e das audiências fragmentadas. Isso é possível por existirem estruturas de colaboração que foram viabilizadas especialmente pela tendência de desregulação (que fez surgir novos modelos de negócio) notadamente a partir dos anos Noventa.

Portanto, pode-se afirmar que o global influi no local e vice-versa.³²⁷ No primeiro sentido, como exemplo, há importação direta de programação para a difusão de formatos com *standards* ocidentais (há adaptações para formatação local, e o Big Brother é um grande exemplo). No segundo sentido, quando o local influencia no global, interessa para essa pesquisa a possibilidade de regulação dentro dos territórios, uma vez que os Estados procuram manter algum controle sobre essas redes (o exemplo é a China e suas restrições de conteúdo ao Google e Yahoo). Também

A interconexão entre a rede global de comunicação e redes de outras áreas também se demonstra pela conformação do quadro acionário das empresas de comunicação que possuem investidores que atuam para além do mercado de mídia global. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.136-138).

³²⁵ O setor de publicidade (que tem a propriedade cada vez mais concentrada nas mãos de poucos agentes) é rede essencial, pois os conglomerados multimídia estão entre os maiores compradores de publicidade. (Ibid., p.139-140). Como os consumidores individuais cada vez mais utilizam ferramentas disponíveis na rede em todos os campos da vida, há grande aumento do mercado publicitário (como exemplo, a venda de *links* patrocinados pelo Google que permite determinar a ordem de resultados em sua ferramenta de buscas). Por outro lado, o Estado também é grande investidor no setor. Conforme reportagem assinada por Mônica Bergamo, publicada na Folha de São Paulo, em 25/07/2017, no primeiro semestre de 2017, o Governo Temer já gastou quase toda sua verba para publicidade prevista para o exercício de 2017 (só a campanha pela reforma da Previdência consumiu metade do valor).

³²⁶ Tradução livre de: *"En resumen, las empresas que forman el núcleo de las de comunicación globales desarrollan políticas de concentración de propiedades, alianzas entre empresas, diversificación de plataformas, adaptación a la audiencia y economías de sinergia con distintos grados de éxito"*. (Ibid., p.124).

³²⁷ Ibid., p.130-132.

não se pode perder de vista que redes locais ambicionam a se tornar globais. Essa dualidade demonstra a complexidade da regulação.

Toda essa dinâmica depende da capacidade das redes de comunicação de se conectarem a outras redes "das finanças, tecnologia, setor cultural, publicidade, provedores de conteúdo, agências reguladoras e círculos políticos em geral".³²⁸ Nesse sentido, a sua capacidade de conexão com atores políticos responsáveis pela regulamentação da rede é vital. Assim,

o crescimento e a prosperidade das redes de meios de comunicação globais não somente dependem de sua capacidade para configurar suas redes internas e ampliar seus mercados e redes de provedores, mas também de sua capacidade para estabelecer conexões com redes cruciais em outras áreas da economia, da política e da sociedade em geral. A configuração de antigas e novas empresas de mídia e comunicação depende em última instância das políticas reguladoras.³²⁹

A liberdade informática e o fluxo de informações na sociedade em rede dependem de decisões políticas resultantes de conflitos entre empresas, grupos de interesses sociais e o Estado. Aqui transparece a importância da regulação. Luño afirma, que perdida "a inocência do idílico 'estado de natureza' de liberdade sem restrições de Internet"³³⁰, é preciso apelar ao direito.

5.1.2 Regulação e a perda da inocência da internet: a tensão entre interesses estatais e empresarias na gestão da rede

No mundo, desde os anos Oitenta, há tendência à privatização dos setores de telecomunicação, rádio e televisão. Também há tendência à desregulamentação

³²⁸ Tradução livre de: "[...] las finanzas, tecnología, sector cultural, publicidad, proveedores de contenido, agencias reguladoras y círculos políticos en general". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.136).

³²⁹ Tradução livre de: "[...] el crecimiento y la prosperidad de las redes de medios de comunicación globales no sólo dependen de su capacidad para configurar sus redes internas y ampliar sus mercados y sus redes de proveedores, sino también de su capacidad para establecer conexiones con redes cruciales en otras áreas de la economía, la política y la sociedad en general. La configuración de las antiguas y nuevas empresas de medios y de comunicación depende en última instancia de las políticas reguladoras". (Ibid., p.144).

³³⁰ Tradução livre de: "[...] la inocencia del idílico 'estado de naturaleza' de libertad sin restricciones de internet [...]". (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e los derechos humanos. In: **Derecho y conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocer. Helva: Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, 2002. v.2. p.110. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/2550>>. Acesso em: 05 mar. 2017).

em três áreas: regulação de conteúdo (que compreende também a proteção de direitos do autor), regulação da propriedade e regulação de serviços imposta a operadoras e emissoras. Por isso, a questão é bastante complexa, pois envolve diversas instituições: nos Estados Unidos, por exemplo, atuam a Comissão Federal de Comunicação, o Departamento da Defesa, o Departamento de Comércio, o Departamento de Justiça, o Departamento de Segurança do Território Nacional e o Congresso. Outrossim, os Tribunais resolvem os conflitos crescentes derivados das políticas implantadas por essas instituições.³³¹

Os Estados Unidos foram pioneiros na regulação da internet.³³² Em 1969, com o aparecimento da ARPANET (programa de conexão em rede originado na agência de investigação do Departamento de Defesa Americano – DARPA³³³) teve início a evolução espontânea de regulação e gestão da internet. Um exemplo dessa gestão inicial espontânea da Internet foi o estabelecimento do sistema para assinalar domínios de IP³³⁴ para organizar o tráfego na rede. Esse sistema foi organizado, em

³³¹ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.143-151.

³³² Ibid., p.152-165. parei aqui

³³³ "A internet teve início como um projeto de governo. No final da década de 60, o governo dos Estados Unidos financiou o desenvolvimento do *Defense Advanced Research Project Agency Network* (DARPA Net), recurso de comunicação eficiente. Por volta do meio da década de 70, com a invenção do TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) esta rede evoluiu para o que hoje é conhecida como internet". (KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.22. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017). A motivação desse desenvolvimento foi a chamada "Guerra Fria" entre Estados Unidos e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Seu ápice, na década de 60, "fez com que a necessidade de um aperfeiçoamento das estratégias militares de segurança e política internacional fosse o catalisador do nascimento da rede mundial de informações, a internet". (IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.218).

³³⁴ A internet é uma rede distribuída, ou seja, quando uma informação é transmitida pela rede, não se sabe qual caminho a informação irá percorrer. Os nós das redes de computadores se comunicam por intermédio de protocolos ("acordos" entre as partes que definem como se dará a comunicação). O modelo referencial adotado pela internet foi o TCP/IP (*Transfer Control/Internet Protocol*). Esse protocolo identifica a origem de toda a mensagem enviada por intermédio do número do *Internet Protocol* (IP) – cada utilização da internet origina um número de IP. Tendo em vista a diversidade do tamanho das mensagens que são transmitidas pela rede, as maiores poderão ser divididas em pacotes para facilitar a comunicação (esses pacotes podem ser recebidos nem sempre na mesma ordem que foram enviados e nem percorrer todos os mesmos caminhos). Dessa maneira, a internet não segue limites territorialmente estabelecidos. A chamada Web 1.0 era estática, uma vez que os aplicativos se encontravam em servidores. Aos poucos, uma nova arquitetura foi (e ainda está sendo) desenvolvida, de maneira que a usabilidade mais intuitiva e a distribuição do processamento deram à luz o que muitos chamam de Web 2.0. Hoje, a tendência é que o desenvolvimento da inteligência artificial e a evolução dos processadores levem ao desenvolvimento da internet das coisas – na qual uma rede de dispositivos inseridos em

grande medida, por apenas um solitário professor de engenharia da Universidade do Sul da Califórnia, Jon Postel. Durante toda a vida, Postel colaborou para a gestão da IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*) que, em sua origem, foi manejada por 13 organizações diferentes de forma voluntária. Essa gestão espontânea e voluntária sofreria mudanças nos anos Oitenta:

Em 1984, à medida que a internet se desenvolvia e começava a ser utilizada em todo o mundo, a DARPA e os desenvolvedores mais importantes da internet estabeleceram o Comitê de Atividades da Internet, formado por uma série de grupos de trabalho. Um desses se converteu no Grupo Especial sobre Engenharia da Internet (IETF), criado em 1986 com a tarefa de gerenciar o desenvolvimento de padrões tecnológicos para internet. As decisões tomadas pelo IETF eram consensuais e afetavam a uma ampla variedade de pessoas e instituições. Em conjunto, a internet surgiu em vácuo legal com pouca supervisão dos mecanismos reguladores, inclusive da Comissão Federal de Comunicações. Os organismos criados foram se desenvolvendo ad hoc para solucionar as necessidades dos usuários da rede.³³⁵

Em 1994, a Fundação Nacional da Ciência (*US National Science Foundation, NSF*), que havia assumido a reponsabilidade de gestão da internet, em 1992, resolveu terceirizar a administração do Sistema de Nomes de Domínio (DNS) para uma empresa privada, a *Network Solutions, Inc.* Essa decisão não repercutiu muito bem junto à comunidade da internet, levando à chamada guerra do DNS. Em 1998, com a morte de Postel, pressões aumentaram para que se formalizasse institucionalmente a gestão da internet. Naquele ano, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos privatizaria a gestão do DNS, estabelecendo a ICANN (Sociedade para Assinalação de Nomes e Números para a Internet) e pondo fim à chamada guerra da

eletrodomésticos, automóveis, *smartphones* e outros serão interoperáveis. (SUDRÉ FILHO, Gilberto Neves; MARTINELLI, Gustavo Gobi. O princípio da natureza participativa da internet: uma abordagem sobre sua importância. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.202-208).

³³⁵ Tradução livre de: "*En 1984, a medida que Internet se desarrollaba y empezaba a utilizarse en todo el mundo, DARPA y los diseñadores más importantes de Internet establecieron el Comité de Actividades de Internet, formado por una serie de grupos de trabajo. Uno de éstos se convirtió en el Grupo Especial sobre Ingeniería de Internet (IETF), creado en 1986 con la tarea de gestionar el desarrollo de estándares tecnológicos para Internet. Las decisiones tomadas por el IETF eran consensuales y afectaban a una amplia variedad de personas e instituciones. En conjunto, Internet surgió en un vacío legal con poca supervisión de los organismos reguladores, incluida la Comisión Federal de Comunicaciones. Los organismos creados se fueron desarrollando ad hoc para solucionar las necesidades de los usuarios de la red*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.149-150).

internet.³³⁶ Tendo em vista as peculiaridades da internet e os diversos interesses envolvidos, o Departamento de Comércio teve que compartilhar o controle com organismos reguladores internacionais e com a comunidade de usuários mediante votação de mais de duzentos mil usuários no ano de 2000.³³⁷ Era uma

[...] coalisão formada por uma comunidade de usuários ativa, defensores das liberdades civis e tribunais estadunidenses [que] se converteram em guardiões da autonomia da internet, de forma que uma grande parte da rede seguiu sendo um vasto espaço social de experimentação, sociabilidade e expressão cultural independente. Qualquer intento de domesticar ou dividir a internet foi rechaçado com tal determinação que os governos e as empresas tiveram que aprender a utilizar a internet em seu proveito sem submeter seu desenvolvimento autônomo.³³⁸

Em 1996, nos Estados Unidos, a chamada Lei de Telecomunicações eliminou restrições para concentração de propriedade, o que levou à formação de oligopólios. Também foram autorizadas as alianças entre diferentes ramos industriais, o que possibilitou a formação de redes. Essa mesma lei impôs o uso da rede pelos usuários em condições similares – o princípio de neutralidade da rede foi essencial para a internet como é conhecida hoje, pois evitou que as megacorporações se apropriassem da utilização da internet apenas em seu benefício.

Também em 1996, a Lei de Decência das Comunicações foi sancionada para prevenir a pornografia infantil, mas essa lei foi rechaçada pelos tribunais tendo em vista disposições que feriam a liberdade de comunicação na internet. No entanto, em 2001, após o 11 de Setembro, foram aprovadas leis que facilitavam a vigilância do governo à internet.

³³⁶ KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.23. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_d_a_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³³⁷ Em 1.º de maio de 2016, chegou ao fim o contrato entre a ICANN e o Departamento do Comércio dos Estados Unidos (que desde o início foi considerado um arranjo provisório). Um novo arranjo está em fase de construção). (CGI.br. **História**. Disponível em: <<https://www.cgi.br/historicos/#1995>>. Acesso em: 25 maio 2017).

³³⁸ Tradução livre de: "[...] *coalición formada por una comunidad de usuarios activa, libertarios civiles y tribunales estadounidenses se convirtieron en los guardianes de la autonomía de internet, de forma que una gran parte de la red siguió siendo un vasto espacio social de experimentación, sociabilidad y expresión cultural independiente. Cualquier intento de domesticar o parcelar Internet se rechazó con tal determinación que los gobiernos y las empresas tuvieran que aprender a utilizar Internet en su provecho sin someter su desarrollo autónomo*". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.151).

Quanto à questão relativa a direitos autorais, a Lei de Direitos do Autor no Milénio Digital, de 1998, tentou regular a divulgação e apropriação de conteúdos protegido por direitos autorais. No entanto, isso não foi suficiente para conter a criatividade da incipiente cultura digital. Ainda em nossos dias, especialmente pelo desenvolvimento de redes p2p, tenta-se chegar a um modelo regulatório eficiente em relação ao tema.

Diversos projetos de lei modificaram a lei de 1996 de maneira a permitir maior concentração de propriedade, bem como diminuir a participação dos usuários em decisões relacionadas à rede, de modo que houve fortalecimento do empresariado. O que está por trás das discussões sobre o condicionamento da política de neutralidade da rede é a possibilidade de que os operadores das redes possam diferenciar tarifas de acesso aos usuários. Regras da Comissão Federal de Comunicação, nos Estados Unidos, no início do século XXI, parecem apontar para superação do princípio de neutralidade da rede nos próximos anos. Segundo Castells,

[...] enquanto a atenção do mundo se centrava na liberdade de expressão na internet, a transformação da infraestrutura de comunicação em uma série de "nichos privados" administrados pelos operadores de redes, a partir dos seus interesses empresariais, foram impostas limitações fundamentais para a expansão da nova cultura digital. Os dutos da Galáxia da Internet estão sendo privatizados e sua gestão fragmentada. Enquanto nos preocupávamos com a proteção da fronteira eletrônica livre contra a intrusão do "Grande Irmão" (o governo), as Grandes Irmãs (os principais operadores de rede) que possuem e gerenciam o tráfico de banda larga que circula pelas superautopistas da informação vão se convertendo em responsáveis pela limitação do espaço virtual gratuito.³³⁹

A posição de Castells é bastante contundente: as políticas reguladoras são resultado de estratégia de poder empresariais e políticos disfarçadas por discursos que exaltam as potencialidades das novas tecnologias e que vão ao encontro de modelos económicos liberais. O público em geral, até o início do século XXI, parecia

³³⁹ Tradução livre de: "[...] mientras la atención del mundo se centraba en la libertad de expresión en Internet, la transformación de la infraestructura de comunicación en una serie de "cotos privados" administrados por los operadores de redes, con respeto a sus intereses empresariales, impuso limitaciones fundamentales para la expansión de la nueva cultura digital. Las tuberías de la Galaxia Internet están siendo privatizadas, y su gestión, fragmentada. Mientras nos preocupábamos por la protección de la frontera electrónica libre contra la intrusión del Gran Hermano (el gobierno), las Grandes Hermanas (los principales operadores de red) que poseen y gestionan el tráfico de banda ancha que circula por las superautopistas de información se ha convertido en las responsables de limitar el espacio virtual gratuito". (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.153-154).

não ter se dado conta da importância desse debate que acabava circunscrito a advogados, engenheiros, economistas e políticos. No entanto, no início do século XXI, diversos movimentos sociais nos Estados Unidos, utilizando a rede, têm se mobilizado para reivindicar o controle das comunicações pelos cidadãos.

Não se pode afirmar, todavia, que a desregulação é fenômeno mundial, pois muitos países entende que a comunicação é muito importante para ficar nas mãos dos privados. De modo geral, antes dos anos Oitenta, os meios de comunicação eram regulados por instituições ideológicas e políticas do Estado. A televisão e o rádio eram, em geral, propriedade do governo, embora houvesse espaço para atuação dos privados. Quanto à imprensa escrita, embora estivessem nas mãos de determinadas elites econômica, não é incorreto afirmar que estavam submetidas a inclinações políticas, de maneira que uma imprensa profissional independente foi uma utopia.³⁴⁰

A partir dos anos Oitenta, a onda de políticas liberalizantes, as novas estratégias econômicas, a globalização e o avanço tecnológico fizeram esse quadro se modificar mesclando propriedades governamentais e licenças concedidas a grupos empresariais. A partir de lá, a política é a liberação gradual e limitada do controle dos governos sobre o rádio, a televisão e a imprensa escrita. Esse foi um momento aproveitado pelas companhias de meios de comunicação para conexão com redes empresariais globais.

Castells argumenta que, se a internet é uma rede global, sua regulação não deveria ser feita a partir dos Estados Unidos ou somente por um conselho de usuários. Todavia outra alternativa parece inviável, pois não há uma governança global. Por isso, resta aos governos a tentativa de regulação, mas o máximo que conseguem com isso, segundo o autor, é "[...] perseguir a uns poucos desgraçados que são surpreendidos em flagrante enquanto outros milhões seguem navegando alegremente pela web".³⁴¹ Afirma que, eventualmente, alguns mensageiros são punidos, mas as mensagens permanecem na rede.

Sobre a possibilidade de atuação das Nações Unidas, Castells é cético e critica a atuação das Cúpulas Mundiais sobre o tema (Cúpulas Mundiais sobre a Sociedade da Informação – WSIS), a primeira, em Genebra, no ano de 2003, e a segunda em Túnis, em 2005. A partir desses encontros, foi estabelecido um Grupo

³⁴⁰ CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.156-161.

³⁴¹ Tradução livre de: "[...] perseguir a unos cuantos desgraciados a los que sorprenden in fraganti mientras otros millones siguen navegando alegremente por la web". (Ibid., p.161).

de Trabalho sobre a Governança na Internet (Fórum de Governança da Internet³⁴²), que, em 2005, apresentou a seguinte proposta:

A governança da Internet é o desenvolvimento e a aplicação, por parte dos governos, do setor privado e da sociedade civil, em suas respectivas funções, de princípios, normas, regras, procedimentos de tomadas de decisões e programas comuns que conformam a evolução e o uso da Internet.³⁴³

Apesar dessa definição revolucionária, a ONU não foi capaz de diminuir a importância da supervisão do Departamento de Comércio dos Estados Unidos. O objetivo do Fórum de Governança da Internet (IGF)³⁴⁴ é a abertura do diálogo sobre as políticas da Internet e fornecimento de subsídios à ONU para as Cúpulas Mundiais sobre a Sociedade da Informação (WSIS).³⁴⁵ O problema desse movimento é a preocupação com o estabelecimento de normas segundo um modelo tradicional de lei e ordem. Nesse sentido,

[...] apesar da regulação, a Internet segue crescendo como o meio de comunicação local/global e multimodal de nossa época. Todavia sofre, como todo o resto, da pressão implacável sobre nossa existência: o capital e o estado. A relação entre capital e Estado é efetivamente a fonte das políticas de liberalização e desregulação que deram lugar ao nascimento do capitalismo global e à formação de redes de empresas multimídia globais que conformam o núcleo do novo sistema de comunicação digital.³⁴⁶

No entanto, paradoxalmente, embora os interesses empresariais estejam prevalecendo, a difusão global de novas formas de comunicação, aponta para a

³⁴² Os encontros do IGF aconteceram em 2006 (Atenas, Grécia), 2007 (Rio de Janeiro, Brasil), 2008 (Hyderabad, Índia), 2009 (Sharm El Sheikh, Egito), 2010 (Vilnius, Lituânia), 2011 (Nairobi, Quênia), 2012 (Baku, Azerbaijão), 2013 (Bali, Indonésia), 2014 (Stambul, Turquia), 2015 (João Pessoa, Brasil) e 2016 (Jalisco, México).

³⁴³ Tradução livre de: *"La gobernanza de Internet es el desarrollo y la aplicación, por parte de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus respectivas funciones, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que conforman la evolución y el uso de Internet"*. (CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.162).

³⁴⁴ Vide o sítio do IGF: <<http://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2016>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁴⁵ Vide o sítio da WSIS: <<https://www.itu.int/net4/wsis/forum/2017/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁴⁶ Tradução livre de: *"[...] a pesar de la regulación, Internet sigue creciendo como el medio de comunicación local/ global y multimodal de nuestra época. Pero sufre, como todo lo demás, la presión implacable de dos fuentes fundamentales de dominación que todavía planean sobre nuestra existencia: el capital y el estado. La relación entre capital y estado es efectivamente la fuente de las políticas de liberalización que dieran lugar al nacimiento del capitalismo global y a la formación de redes de empresas multimedia globales que conforman el núcleo del nuevo sistema de comunicación digital"*. (CASTELLS, op. cit., p.164).

possibilidade de que o sujeito comunicador possa interferir nos processos de comunicação social de forma que aumente o poder da cidadania sobre o capital e o Estado em especial porque a comunicação exige códigos comuns. O caminho para a regulação democrática da rede passa pela observação de princípios que levem em conta os direitos humanos.

Neste trabalho, apresenta-se a tese da leitura conjunta da liberdade informática e direito ao desenvolvimento como forma de equilibrar a tensão entre interesses empresariais, interesses do Estado e interesses do cidadão. Nesse contexto de complexidades, dois momentos são de extrema importância na regulação da internet no Brasil: a instituição do Conselho Gestor da Internet (CGI Brasil) e a sanção do Marco Civil da Internet.

5.2 O CONSELHO GESTOR DA INTERNET NO BRASIL E O MARCO CIVIL DA INTERNET: O DECÁLOGO DO CGI.BR E OS PRINCÍPIOS NO MARCO CIVIL

5.2.1 O Decálogo do CGI.br: os limites para regulação

Desde o início, um grande desafio do chamado processo de governança da internet é a integração entre os aspectos técnicos e normativos atinentes à rede. É difícil distinguir entre os dois aspectos, pois as soluções técnicas não são neutras, uma vez que

cada solução/opção técnicas promove determinados interesses, fortalece determinados grupos e, até certo ponto, afeta a vida social, política e econômica. No caso da Internet, por um bom tempo, tanto o aspecto técnico quanto o aspecto normativo eram regulados por apenas um grupo social – a incipiente comunidade da Internet.³⁴⁷

Consciente da importância do tema, já em 1995, o Ministério das Comunicações (MC) e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCT) afirmam a necessidade de criação de um Comitê Gestor da Internet no Brasil. A Portaria Interministerial n.º 147, de 31 de maio de 1995, criou o Comitê Gestor da Internet no Brasil

³⁴⁷ KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. p.34. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_d_a_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

(CGI.br).³⁴⁸ A Instituição tem como metodologia e objetivo "trabalhar em conjunto com a sociedade civil, entidades atuantes na área e com todos os provedores de acesso (gratuitos e pagos) para encontrar mecanismos que possam tornar a Internet brasileira cada vez mais segura".³⁴⁹

Dessa maneira, pode-se afirmar que o CGI.br adota um modelo multissetorial ao congregar diversos setores e reunir sociedade e governo para estabelecer diretrizes e estratégias para o uso da internet no Brasil.³⁵⁰

O trabalho do CGI é bastante abrangente. A importância da sua atuação aparece quando se leva em conta que a internet segue regras próprias com base no tripé de velocidade na propagação das informações, espírito de colaboração planetária e conexões em tempo real. Nesse ambiente de tantas especificidades e tendo em

³⁴⁸ O Decreto n.º 4.829 de 03 de setembro de 2003 definiu suas atribuições.

³⁴⁹ CGI.br. **História**. Disponível em: <<https://www.cgi.br/historicos/#1995>>. Acesso em: 25 maio 2017.

³⁵⁰ A história do CGI quase que se confunde com a história da internet no Brasil Apresentam-se, a seguir, alguns fatos marcantes da história da instituição que são relevantes para a história da internet no Brasil. Em 1997, o CGI.br publica as "Regras de Distribuição de Números de IP no Brasil"; em 2000, participa de reunião para articulação sobre a distribuição dos endereços de IP para a América Latina bem como de reunião da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), no Japão; ainda em 2000, lança a Cartilha de Segurança para a Internet. O Decreto 4829 (sobre o modelo de governança da Internet no Brasil) é publicado em setembro de 2003 e institucionaliza o Comitê Gestor da Internet no Brasil e define suas atribuições. Em 2005, a competência para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços de IPs e sua manutenção na internet é delegada ao NIC.br (o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR foi criado para implementar as decisões e projetos do CGI.br). Em 2006, atinge-se o número de 1 milhão de domínios .br registrados. Em 2007, define-se que os padrões básicos do CGI.br são a inimitabilidade na rede, a neutralidade da rede e o anonimato; em 2009, o decálogo com os princípios de governança da Internet do Brasil é aprovado; a partir de 2009, o CGI participa ativamente nas discussões para elaboração do Marco Civil da Internet; em 2010, abre-se a segunda fase de consultas públicas do Marco Civil; em agosto de 2011 é apresentado, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei sobre o Marco Civil da Internet (PL 12965/2014). Em junho de 2013 é publicada a primeira reportagem no Washington Post com as revelações de Edward Snowden sobre o programa de vigilância em massa da NSA nos Estados Unidos ; em 2012, o CGI publica resolução condenando a coleta de dados pela NSA; em 23 de junho de 2014 tem início a vigência do Marco Civil da Internet; em 2015, o CGI lança o primeiro livro da série "Cadernos CGI.br" com documentos sobre a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação ocorrida em Genebra (2003) e Túnis (2005). Em março de 2015 o CGI publica nota criticando o bloqueio do aplicativo WhatsApp em todo o território Nacional; em 2015, o CGI.br lança duas notas com críticas a projetos de lei que fragilizam os princípios expostos no Decálogo do CGI.br e no Marco Civil da Internet; em dezembro de 2015, o CGI publica nova nota criticando nova ordem judicial de bloqueio do WhatsApp; em 2016, o CGI publica notas contra projetos de lei que, se aprovados, desconfigurariam o Marco Civil da Internet; em 2017, o CGI lança nota sobre a franquia de dados na modalidade banda larga de acesso à internet criticando a possibilidade de tal limitação. Ao longo dos anos, o CGI.br também organizou fóruns e outros encontros para tratar do tema da Governança da Internet (como o Fórum de Governança da Internet – IGF – no Brasil; seminários de proteção à privacidade e aos dados pessoais, bem como os Fóruns da Internet) (CGI.br. **Sobre o CGI.br**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre/>>. Acesso em: 28 maio 2017).

vista o respeito à pluralidade de ideias, o CGI.br é composto por personalidades do setor público, da Academia, da iniciativa privada e do terceiro setor. Tem atuação, em especial, em duas frentes: na administração de endereços da Internet, por intermédio do NIC.br (braço executivo do CGI.br), e na participação e organização de fóruns sobre governança e melhores práticas na rede.³⁵¹

Importa salientar novamente (como se viu no início deste capítulo) que a palavra governança da internet é diferente da ideia de governança aplicável ao setor público. Governança quando aplicada ao tema da internet significa a capacidade "das sociedades humanas se dotarem de sistemas de representação, de instituições e processos, de corpos sociais, para elas mesmas se gerirem, em um movimento voluntário".³⁵² Assim, a governança da internet é responsável por preservar a segurança e estabilidade global da rede sem intervir nos padrões internacionais e adotando boas práticas.

A internet está em contínua evolução. Todavia alguns princípios gerais permanecem (são os chamados "invariantes"): a rede é global, pois qualquer *endpoint* (ponto conectado à rede) pode endereçar mensagens a outro *endpoint*; a rede deve possuir integridade, ou seja, um *endpoint* deve receber a informação que lhe foi endereçada em qualquer ponto que esteja conectado; a possibilidade de inovação sem necessidade de permissão é a possibilidade de criação de aplicações para internet sem necessidade de autorização; a abertura da rede foi desenvolvida de maneira que qualquer um possa utilizá-la; também é uma propriedade invariante a acessibilidade da internet que se reflete na garantia da capacidade de interação entre os usuários; a última invariante é o espírito colaborativo da rede, que envolve usuários, comunidade acadêmica, governos, empresas e demais grupos sociais.³⁵³

No Brasil, o CGI.br funciona como guardião das práticas da internet no país e possui centros de estudos responsáveis por temas específicos: por exemplo, questões de segurança são atribuições do CERT.br (Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil); o CETIC.br (Centro de Estudos sobre Tecnologias da Informação e da Comunicação) tem por função produzir

³⁵¹ .BR. A governança da Internet no Brasil. In: **.br**: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet. Ano 1. ed.01. 2009. p.10.

³⁵² .BR, loc. cit.

³⁵³ PESSERL, Alexandre Ricardo. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.191-192.

indicadores estatísticos sobre o crescimento da rede; o CEPTR0.br (Centro de Estudos e Pesquisas em Tecnologia de Redes e Operações) executa projetos aprovados pelo CGI.br (por exemplo, o projeto NTP.br, que é a sincronização dos relógios dos computadores com base em fonte confiável).

A lógica de trabalho do CGI.br é trazer o Brasil para o centro dos debates de como a Internet deve ser utilizada em proveito da sociedade.³⁵⁴ Nesse sentido, é central destacar o Decálogo do CGI³⁵⁵, aprovado em 2009. São os seguintes princípios de governança e uso da internet no Brasil:

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos

O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.

2. Governança democrática e colaborativa

A governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva.

3. Universalidade

O acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos.

4. Diversidade

A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.

5. Inovação

A governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

6. Neutralidade da rede

Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

7. Inimputabilidade da rede

O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.

8. Funcionalidade, segurança e estabilidade

A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas.

³⁵⁴ .BR. A governança da Internet no Brasil. In: **.br**: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet. Ano 1. ed.01. 2009. p.10.

³⁵⁵ Vide sítio do CGI.br (Disponível em: <<https://www.cgi.br/principios/>>. Acesso em: 10 fev. 2017).

9. Padronização e interoperabilidade

A Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento.

10. Ambiente legal e regulatório

O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração.

Em 2015, o CGI publicou resolução (Resolução CGI.br/RES/2015/013)³⁵⁶ na qual emite recomendações relativas ao ambiente legal e regulatório da internet no Brasil:

O Comitê Gestor da Internet no Brasil decide, em relação ao ambiente legal e normativo relativo à Internet no Brasil, recomendar que ele:

a) Seja pautado pela garantia de proteção aos direitos básicos dos cidadãos tal como expressos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, entre eles o direito à privacidade e à liberdade de expressão, cláusulas pétreas na Constituição Federal do Brasil e um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

b) Observe e promova o caráter transparente, colaborativo e democrático, com ampla participação de todas as esferas do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica, que pautaram a criação e a adoção da Lei 12.965/2014, inclusive por isso transformando-a em paradigma internacional para a regulação da Internet.

c) Preserve o espírito da Lei 12.965/2014, assegurando os direitos e garantias constitucionais aí inseridas, sobretudo a liberdade de expressão, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet e de suas comunicações armazenadas, salvo por ordem judicial em estrita observância ao devido processo legal nos termos da Constituição Federal, sob o risco de aumentarem as possibilidades de vazamento, abuso e uso político de dados de terceiros.

d) Preserve, principalmente, o equilíbrio, alcançado com a Lei 12.965/2014, entre: (i) a liberdade de expressão e a proteção à privacidade e aos dados pessoais; (ii) as atividades relacionadas à persecução criminal e o combate a ilícitos na Internet, bem como a própria dinâmica da Internet como espaço de colaboração; (iii) a inimizabilidade dos provedores de conexão por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros; e (iv) a inimizabilidade dos provedores de aplicações por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, sendo que os provedores de aplicação somente poderão ser responsabilizados civilmente se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, nos termos da Seção III, Capítulo III, da Lei 12.965/2014.

e) Não trate a Internet de forma distinta de outros ambientes de interação social, o que poderia gerar redundâncias ou conflitos desnecessários no âmbito do Direito Penal brasileiro e,

f) Leve em conta a natureza internacional e globalmente distribuída da Internet e seja, assim, estruturado como parte integrante do ecossistema complexo de governança mundial da rede.

³⁵⁶ Vide sítio do CGI.br (Disponível em: <http://cgi.br/resolucoes/documento/2015/CGI.br_Resolucao_2015_013.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017).

Como ator importante nas discussões sobre o Marco Civil da Internet, o CGI.br levou esses princípios para o centro das discussões sobre regulação.

5.2.2 Os princípios do Marco Civil da Internet: especificidades

Em 2013, Edward Snowden revelou que programas de vigilância eram manejados pelos Estados Unidos (a partir das práticas da *National Security Agency* – NSA) a fim de obter informações confidenciais tanto dentro como fora daquele país (organizações brasileiras como a Petrobras e a Presidência da República foram alvos do governo estadunidense). A resposta a essas práticas foi a recuperação de um projeto de lei pendente de análise há cerca de dois anos na Câmara dos Deputados: esse projeto de lei regulava o Marco Civil da Internet.³⁵⁷

Cabe salientar que esse projeto de lei surgiu como reação à chamada "Lei Azeredo", projeto que propunha o estabelecimento de ampla legislação criminal para a internet (criminalizando condutas rotineiras na rede – como, por exemplo, a transferência de músicas de aparelhos de mp3 para o computador com pena de reclusão de até quatro anos). Como resposta, houve grande mobilização social, e o exame da Lei Azeredo foi temporariamente suspenso. A questão a ser discutida na esfera pública foi: "qual o tipo de regulação da internet que deve ser feita no país?".³⁵⁸

O objetivo que prevaleceu não foi a construção de uma legislação punitivista, mas a construção para a internet de um sistema de direitos e liberdades, com base na principiologia constitucional. O Ministério da Justiça em conjunto com professores da Fundação Getúlio Vargas, tradicional universidade brasileira, pavimentaram o caminho para a construção de uma plataforma colaborativa dentro da própria rede que viabilizaria o debate e redação do Marco Civil.

Esse debate foi dividido em duas fases: a primeira foi o debate sobre os princípios que regem a rede e, a partir dele, a redação de uma minuta que concretiza esses princípios. A segunda fase foi a discussão dessa minuta na plataforma

³⁵⁷ LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão Leite; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.3.

³⁵⁸ LEMOS, loc. cit.

colaborativa (entre maio e abril de 2010). Nesse ambiente, cuja principal característica era a transparência, foi construído de forma colaborativa um projeto que se tornaria mais tarde uma lei aplaudida por especialistas de todo o mundo (que daria ensejo, inclusive, à Resolução da ONU que prevê que "os mesmos direitos que as pessoas possuem *off-line* devem também ser protegidos *on-line*, incluindo o direito à privacidade").³⁵⁹ Em 24 de agosto de 2011, foi apresentado ao Congresso Nacional, pela Presidenta da República Dilma Rousseff, o Projeto de Lei do Marco Civil. Em vista do exposto,

[...] é possível afirmar que o Marco Civil tenha sido um dos projetos de lei mais amplamente debatidos no país em múltiplas mídias, tendo inaugurado uma nova metodologia de construção legislativa, que pode informar em grande medida os caminhos de uma democracia em uma sociedade cada vez mais digital.³⁶⁰

Além da Constituição, a principiologia do Marco Civil da Internet teve inspiração no Decálogo do CGI.br (apresentado logo acima). A ideia central era o estabelecimento de uma legislação não centrada em aspectos penais, mas em princípios, direitos e garantias ao cidadão. Isso explica o motivo pelo qual alguns autores se referem ao Marco Civil da Internet como a "Constituição da Internet".³⁶¹ Todavia, há que se refletir sobre o tema:

A nova lei está sendo apelidada de "Constituição da Internet" ou ainda "Carta dos direitos do século XXI". Estaríamos, então diante do *cyberconstitucionalismo*? Essa situação é minimamente questionável numa realidade de baixa constitucionalidade brasileira.³⁶²

³⁵⁹ LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão Leite; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.8.

³⁶⁰ Ibid., p.3-7.

³⁶¹ LEITE, Glauco Salomão. Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.241.

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.334.

Lenio Streck tem razão ao salientar que, apesar das especificidades da temática da regulação da internet, o Marco Civil deve ter como parâmetro a Constituição Federal de 1988.³⁶³

Fato é que a necessidade de um marco regulatório para internet (mesmo diante da inflação legislativa brasileira) tornou-se patente quando a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97) mostrou-se insuficiente para regular um fenômeno tal diverso das telecomunicações.

Apesar de alguns juristas chamarem atenção sobre a utilização das leis (de forma geral) para manutenção do *status quo*, e outros chamarem atenção para a fé indiscriminada de que a solução para os problemas sociais estaria na criação de mais e mais regramentos legais, parece que o Marco Civil da Internet tem-se mostrado positivo em um contexto no qual a ubiquidade e descentralização da internet apresentam novas questões quanto a violações de direitos fundamentais no espaço de fluxos (interno e externo aos Estados).³⁶⁴ Todavia, ainda carece de estudos a tensão entre

³⁶³ Streck apresenta uma leitura própria da distinção entre princípios e regras – na teoria que batizou de CHD – crítica Hermenêutica do Direito (Vide STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013). Neste trabalho, no entanto, o entendimento acerca da diferença entre princípios e regras se assenta na teoria de Robert Alexy. Em outro lugar, a autora do presente trabalho ressalta algumas teses de Robert Alexy em relação ao tema: regras são mandamentos definitivos, e princípios são mandamentos de otimização, na medida em que ordenam que algo seja realizado na máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. O conflito entre regras exige uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma delas. Os princípios são sujeitos à ponderação. (CAMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento de injustiça**: teoria, aplicação e debate. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2013. p.62. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30666/R%20-%20D%20-%20EDNA%20TORRES%20FELICIO%20CAMARA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 maio 2017). Sobre o tema são palavras de R. Alexy: "Regras são normas que, dada a satisfação de condições específicas, comandam, proíbem, permitem ou autorizam definitivamente. Assim, elas podem ser caracterizadas como 'comandos definitivos'. Direitos baseados em regras são direitos definitivos. Princípios são normas de um tipo completamente diferente. Eles são mandados de otimização [...]. Como tal, são normas que comandam que algo deve ser realizado no mais alto grau possível – real e legalmente. As possibilidades legais, além de serem dependentes de regras, são essencialmente determinadas por meio de princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser sopesados. Direitos baseados em princípios são direitos *prima facie*" (Tradução livre de: "*Rules are norms that, given the satisfaction of specific conditions, definitively command, forbid, permit, or empower. Thus they can be characterized as "definitive commands". Rights based on rule are definitive rights. Principles are norms of a completely different kind. They are commands to optimize [...]. As such they are norms commanding that something must be realized to the highest degree that is actually and legally possible. The legal possibilities, in addition to being dependent on rules, are essentially determined by means of opposing principles, a fact that implies that principles can and indeed must be balanced. Rights based on principles are prima facie rights*"). (ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. **Ratio Juris**, v.5, n.2, p.145, jul. 1992).

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.335-337.

Estados, empresas e usuários que possa ou não confirmar as impressões de Castells acima apresentadas.

Um quadro principiológico pode ser montado a partir dos primeiros artigos do Marco Civil. O Art. 2.º da Lei n.º 12.965/14 (Marco Civil da Internet) apresenta os fundamentos para o uso da internet no Brasil. São eles: o respeito à liberdade de expressão, o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; abertura e colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade da rede social.

No art. 3.º, são apresentados os princípios da disciplina do uso da internet no Brasil: garantia de liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento; proteção à privacidade; proteção aos dados pessoais, na forma da lei; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com padrões internacionais e pelo estímulo das boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios expostos na lei. O parágrafo único acrescenta: "Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

O art. 4.º apresenta os objetivos do uso da internet no Brasil. Referem-se à promoção: do direito de acesso a internet a todos; do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e da adesão de padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e base de dados.

Na sequência, tendo em vista a importância para articulação das falas da Audiência Pública sobre o bloqueio de aplicativos de mensagens (vide 5.3), serão apresentados apontamentos sobre os princípios do art. 3.º.

Sobre a garantia de liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, acima se afirmou que uma democracia tem por pilar a livre circulação de ideias, tendo em vista o debate na esfera pública (vide capítulo 3 deste trabalho). Nesse sentido, a livre expressão do pensamento tem íntima relação com o pluralismo

político garantido constitucionalmente. Segundo Chueiri, "em nome da comunidade, não pode o Estado prejudicar o debate livre e aberto; ao contrário, deve promovê-lo".³⁶⁵

No plano internacional, na Declaração de Direitos Humanos de 1948, a liberdade de expressão é garantia como um direito de todo homem e toda mulher. Portanto, a liberdade de expressão:

(a) é essencial ao desenvolvimento e aprimoramento do processo democrático; (b) é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana; (c) é essencial à completa realização da dignidade humana; (d) é um direito constitucionalmente assegurado.³⁶⁶

Todavia, ao lado da proteção à liberdade de expressão, especialmente na internet, colocam-se as limitações a esse direito, no caso de discursos do ódio que geram, dentro outros efeitos, a incitação à violência por motivos étnicos e homofobia. Em rota de colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana técnicas de decisão judicial se fazem necessárias no caso concreto (por exemplo, a técnica da ponderação). A excelência de aplicação dessas técnicas é importante tendo em vista a *slipery slope*, que se traduz no perigo real de que pequenas concessões possam abrir caminho para censura na internet. Tendo em vista a irreversibilidade do fenômeno da internet, há que se buscar formas responsáveis de convivência na rede.³⁶⁷

Todavia, há casos nos quais será necessária a intervenção estatal na rede para fomentar o debate livre e aberto. Segundo Chueiri, a finalidade de qualquer intervenção é reafirmar o constitucionalismo e a democracia assegurando o autogoverno do povo e dando oportunidade de expressão especialmente a minorias que necessitam de espaços contramajoritários para serem ouvidas. Vale dizer:

³⁶⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.14, n.104, p.558, out. 2012/jan. 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/80/71>>. Acesso em: 10 maio 2017.

³⁶⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.132.

³⁶⁷ Ibid., p.140-145.

A liberdade de expressão é um dos direitos que está no coração da Constituição e a vitalidade da comunidade depende muito dele e tem a ver com sua ligação com o princípio democrático. Isso significa que a liberdade de expressão está num lugar especial na nossa escala de direitos. Vale dizer, todos os direitos fundamentais importam e merecem proteção, mas os direitos vinculados à liberdade de expressão e à igualdade devem ser objeto de uma proteção mais especial.³⁶⁸

Em relação ao princípio da garantia de privacidade e proteção de dados pessoais, tem grande destaque as disposições da Constituição Federal de 1988 (Art. 5.º, Incisos X e XII), que protegem o direito a intimidade, privacidade e dados. A utilização da internet fez emergirem dúvidas específicas sobre o tema que tiveram tratamento pelo Marco Civil da Internet (por exemplo, na proteção dos metadados provenientes dos registros de conexão e do acesso a aplicações na rede estipulando o prazo pelo qual esses dados devem ser guardados pelos provedores de serviço).³⁶⁹

Com relação aos dados pessoais, o Marco Civil demanda lei específica sobre o tema. O Projeto de Lei n.º 5276/2016 em discussão na Câmara dos Deputados foi fruto, assim como o Marco Civil, de amplo debate na rede, promovido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).³⁷⁰ O Projeto defende a privacidade dos dados pessoais tanto em relação ao poder público quanto contra práticas abusivas dos entes provados e define que o titular dos dados deve ter acesso facilitado aos tratamentos pelos quais suas informações passaram.

A preservação e garantia da neutralidade de rede referem-se ao impedimento de que haja discriminação do tráfego dos pacotes de dados em razão de seu conteúdo e/ou origem. Essa discriminação toma forma em três diferentes categorias:

[...] o **bloqueio** de aplicações que sejam contrárias aos interesses dos administradores de rede; a segunda é a **discriminação por velocidade**, que pode ocorrer de forma *negativa* (em que a velocidade de determinada aplicação ou classe de aplicações é reduzida em relação às demais) ou *positiva* (quanto uma aplicação recebe velocidade superior a outras aplicações idênticas ou semelhantes); finalmente, há também possibilidade de provedores de

³⁶⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.14, n.104, p.559, out. 2012/jan. 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/80/71>>. Acesso em: 10 maio 2017.

³⁶⁹ LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.153-156.

³⁷⁰ Vide o site <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/>>.

acesso aplicarem **discriminação por preço**, de forma a cobrar de usuários finais tarifas maiores para o acesso a determinadas aplicações ou classes de aplicações (discriminação *negativa*) ou, ainda fornecer uma tarifa inferior para o acesso de uma aplicação específica (discriminação *positiva*).³⁷¹

A ideia central por trás da neutralidade da rede é a autonomia do usuário, sendo vital para a expansão das suas capacidades individuais. Nesse sentido, a internet aparece como um dos principais instrumentos para o exercício das liberdades individuais substantivas. Apesar dos custos relacionados à preservação da neutralidade de rede (por exemplo, a diminuição de incentivos à inovação em infraestrutura, bem como a impossibilidade de desenvolvimento de instrumentos de mercado para aumento de lucros a partir do controle entre oferta e demanda), no Brasil, optou-se pela relação do tema, a partir de um debate no qual saíram vencedoras as associações da sociedade civil (em favor da neutralidade da rede regulada conforme o Marco Civil da Internet).³⁷²

Quanto ao princípio da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, cabe destacar que a integração da internet em todas as atividades da humanidade é fator de incremento de vulnerabilidade da própria rede, especialmente pela possibilidade de ciberataques. O desenho inicial da internet não privilegiou a segurança. Nesse sentido, uma questão debatida é se o aumento da segurança da rede pode ou deve mitigar, por exemplo, o direito à privacidade (como se verá na discussão, no próximo tópico, sobre a possibilidade de bloqueios de aplicativos de mensagem e a utilização de criptografia). Nessa discussão técnica se fazem presentes elementos políticos tendo em vista que padrões técnicos

[...] podem, portanto, ser a continuação da política por outros meios. Enquanto outras intervenções de governo no mundo dos negócios e da tecnologia (como regulamentos de segurança e ações antitruste) são prontamente percebidas como carregadas de significância política e social, a adoção de padrões técnicos é geralmente compreendida como socialmente neutra e, por isso, de pouco interesse histórico. Porém decisões técnicas podem ter

³⁷¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o marco civil da internet: um guia para a interpretação. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.167.

³⁷² Ibid., p.176-181.

consequências econômicas e sociais de longo alcance, alterando o equilíbrio de poder entre empresas ou nações competidoras e restringindo a liberdade dos usuários. Os esforços para criar padrões formais trazem as decisões técnicas dos construtores de sistemas provados para a esfera pública [...].³⁷³

As discussões sobre a segurança, estabilidade e funcionalidade da rede se fazem importantes não apenas para a sociedade civil, mas para o próprio Estado, uma vez que sua governança cada vez mais se torna dependente da rede.³⁷⁴ O trabalho do CGI.br, conforme exposto acima, é de vital importância para o incremento das boas práticas internacionais relativas a critérios técnicos na operacionalização da rede.

Grande discussão se dá quanto ao princípio da responsabilização dos agentes conforme suas atividades, uma vez que não se pode olvidar que o termo responsabilidade é utilizado para situações que envolvam pessoas naturais ou jurídicas que sofreram uma lesão e fazem jus a uma reparação. Esses que podem causar a lesão não são apenas aqueles que exercem atividades de negócio na rede, mas, no limite, qualquer cidadão que esteja conectado e interaja na rede. Assim, é falsa a impressão de que a internet é uma terra sem lei.³⁷⁵

Nesse sentido, assumem relevância os artigos 18 a 21 do Marco Civil da Internet. O art. 18 dispõe expressamente que o provedor de conexão da internet não será responsabilizado civilmente por dados decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Por sua vez, o art. 19 dispõe que o provedor de aplicação somente poderá ser responsabilizado civil e criminalmente se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para a indisponibilização do conteúdo. O art. 20 garante que o usuário seja avisado dos motivos da indisponibilização do conteúdo. O art. 21 especifica a responsabilização subsidiária em casos de violação da intimidade em decorrência de divulgação, sem autorização, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, ou seja, poderá ser chamado a responder civilmente quando, instado a indisponibilizar conteúdo

³⁷³ PESSERL, Alexandre Ricardo. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.195.

³⁷⁴ Ibid., p.199.

³⁷⁵ BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco civil da internet**: comentários sobre a lei 12.965/2014. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p.36.

atentatório ao direito à privacidade, não o fizer (caso tenha condições técnicas para promover a remoção do conteúdo).³⁷⁶

O princípio da preservação da natureza participativa da rede significa que sua manutenção, governança e regulação dependem da atuação conjunta entre poder público, iniciativa privada, entidades de classe, pesquisadores e usuários.³⁷⁷ Também se relaciona ao princípio da natureza participativa da internet a possibilidade de incremento da democracia com a interação comunicacional entre os indivíduos, bem como a atenção para evitar que a rede se torne um instrumento de vigilância e controle (vide capítulo 3 deste trabalho).

Por último, o princípio da liberdade na contratação dos negócios promovidos pela internet tem por base a constatação de que a rapidez da comunicação e a interação dos polos comunicantes viabiliza a exportação de dados, o exercício de direitos e a pactuação de obrigações no ambiente virtual. No Brasil, às relações advindas de pactos no meio virtual se aplicam, além do Marco Civil da Internet, o Código do Consumidor, o Código Civil e outros instrumentos normativos, como o Decreto n.º 7.962/2003 (que dispõe acerca de regras gerais sobre o comércio eletrônico). Portanto, na contratação eletrônica não se pode deixar de observar, por exemplo, o princípio da função social dos contratos ou da boa-fé.³⁷⁸

A contextualização do tema da governança da internet e dos desafios à governança estatal na sociedade em rede à luz dos princípios constitucionais e dos princípios legais apostos no Marco Civil da Internet (com base no Decálogo do CGI) serve de preparação para análise dos argumentos colocados pelos expositores chamados a se manifestar na audiência pública sobre bloqueios de aplicativos de mensagens, realizada em 2017, pelo Supremo Tribunal Federal. Não se pode esquecer da desconfiança de Castells, por um lado, do Estado tornar-se um gestor autoritário das informações que transitam pela rede, e de outro, a gestão da internet com base nos interesses de grandes conglomerados econômicos. Como se defende nesta tese, o fiel da balança está na conexão entre o princípio da liberdade informática e o princípio do desenvolvimento como liberdade.

³⁷⁶ TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco civil da internet**: comentado. São Paulo: Almedina, 2016. p.109-113.

³⁷⁷ Ibid., p.41.

³⁷⁸ IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.226-235.

5.3 AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O BLOQUEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS (ADI 5527 E ADPF 403): OS ARGUMENTOS DA SOCIEDADE CIVIL E DOS AGENTES DO ESTADO E OS DESAFIOS À JURISDIÇÃO E À GOVERNANÇA.

5.3.1 ADI 5527 e ADPF 403: colocação do problema

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5527³⁷⁹ (data de entrada no STF: 16/05/2016), de relatoria da Ministra Rosa Weber, ajuizada pelo Partido da República (PR), contesta a interrupção de serviços do aplicativo WhatsApp em todo o território nacional com base em ordens judiciais emanadas por juízes de primeiro grau.

Afirma-se, na inicial, que o protagonismo do Judiciário na interrupção dos serviços, com fundamento em interesse público, tem chamado a atenção mundial, pois contraria a comunicação livre e democrática que conforma a internet e atinge aqueles que não possuem vínculos com os fatos discutidos judicialmente. O bloqueio, segundo a inicial, prejudica a sociedade, tendo em vista a dependência dos cidadãos desse serviço e os "efeitos de rede" que caracterizam comunicação eletrônica. Sustenta-se que a suspensão desses aplicativos é uma medida que penaliza a população e que os impactos econômicos da suspensão do aplicativo não fariam a medida passar pelo teste de proporcionalidade.

As decisões de bloqueio seguem um padrão: os artigos 10, § 2.º, e 12, III³⁸⁰, do Marco Civil da Internet, fundamentam o bloqueio como sanção à negativa do

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Partido da República, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4983282>>. Acesso em: 1.º fev. 2017.

³⁸⁰ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

[...] § 2.º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7.º [...]

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. [...].

WhatsApp em disponibilizar o conteúdo de mensagens privadas trocadas por seus usuários às autoridades judiciais.

Nesse contexto, a ADI 5527 tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade do bloqueio do aplicativo mensageiro tendo em vista os seguintes princípios: da continuidade dos serviços (art. 241 da Constituição de 1988); princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLV, da Constituição de 1988); princípio da liberdade de comunicação (art. 5.º, IX, da Constituição de 1988); princípio da proteção da livre iniciativa (art. 1.º, IV, da Constituição de 1988); princípio da livre concorrência e proteção aos direitos dos consumidores (art. 170, *caput*, e art. 5.º, XXXII, da Constituição de 1988); e princípio da proporcionalidade.

Ao final, o Partido da República requereu a declaração da nulidade do artigo 12, III e IV, ou (de forma subsidiária) a declaração de nulidade parcial sem redução de texto desse mesmo artigo, a fim de que sejam excluídas da sua interpretação hipóteses que envolvam aplicativos de mensagens instantâneas. Em último caso, requereu a interpretação conforme a Constituição do artigo 12, III e IV, no sentido de que a sanção de paralisação do serviço somente seja aplicada após o esgotamento de sanções menos gravosas. Requereu, ainda, a interpretação conforme do art. 10, § 2.º, a fim de que alcance apenas casos de persecução penal.

Por sua vez, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 403³⁸¹ (data de entrada no STF: 03 de maio de 2016), de relatoria do Ministro Edson Fachin, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), contesta decisão do Juiz de Direito Marcel Maia Montalvão, do Estado de Sergipe, lavrada em processo que tramita em segredo de justiça, que determinou a suspensão do aplicativo de comunicação WhatsApp em todo o Brasil.

Na inicial, afirma-se o cabimento de ADPF, pois, tendo em vista o caráter subsidiário desta medida, é medida adequada para contestar a interpretação dada pelo Juiz de Direito Marcel Maia Montalvão aos dispositivos do Marco Civil da Internet que fundamentaram sua decisão. Outrossim, aponta que essa interpretação

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403**. Partido Popular Socialista – PPS, 03 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975500>>. Acesso em: 1.º fev. 2017.

vai de encontro ao preceito fundamental inscrito no artigo 5.º, IX, da Constituição Federal, que protege a liberdade de comunicação, especialmente quando se percebe a relevância do uso do aplicativo na sociedade brasileira, graças à sua gratuidade e plataforma simples e interativa.

Por isso, o Partido Popular Socialista (PPS) requereu do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da existência de violação do preceito fundamental à comunicação com a finalidade de não haver suspensão do aplicativo de mensagens WhatsApp por qualquer decisão judicial.

Em 27 de outubro de 2016, o Ministro Fachin expediu convocação aos interessados para participação em audiência pública a fim de discutir o tema atinente à ADPF 403. Nessa convocação, ressaltou que os habilitados, além de outras contribuições, deveriam trazer respostas às seguintes questões:

1. Em que consiste a criptografia ponta a ponta (*end to end*) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o *WhatsApp*?
2. Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo *WhatsApp* ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (*end to end*)?
3. Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (*end to end*) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?
4. Tendo em vista que a utilização do aplicativo *WhatsApp* não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/*smartphones*), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do *WhatsApp* mediante o *WhatsApp Web/Desktop*), ainda que a criptografia ponta a ponta (*end to end*) esteja habilitada, seria possível "espelhar" as conversas travas no aplicativo para outro celular/*smartphone* ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em face de um usuário específico?

Tendo em vista a íntima relação entre a temática da ADPF 403 e da ADIN 5527, bem como o salutar compartilhamento de ideias entre os membros da Corte, em 25 de novembro de 2016, foi decidida pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber a convocação conjunta de audiência pública simultânea sobre os arts. 10, § 2.º, e 12, III e IV do Marco Civil da Internet (ADI 5527) e suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403).

A audiência pública aconteceu nos dias 02 e 05 de junho de 2017 (as notas com base nas exposições realizadas naquele momento, efetuadas em terceira

pessoa pela autora desta tese, estão apensadas a este trabalho, e pode ser útil a leitura delas antes das considerações a seguir).³⁸²

5.3.2 Argumentos dos expositores na audiência pública sobre bloqueio de aplicativos de mensagens e Marco Civil da Internet

Algumas questões foram essenciais ao debate. Discutiu-se sobre a licitude da utilização da criptografia em aplicativos de mensagem instantâneas, uma vez que, por razões técnicas, haveria impossibilidade de interceptação de mensagens mesmo com ordem judicial, uma vez que esses denominados "acessos extraordinários" poderiam diminuir a segurança prometida pelos aplicativos. Para alguns atores, essa impossibilidade estaria criando espaços nos quais o Estado não pode entrar. Por isso, chegou-se a sugerir que a criptografia deveria deixar de ser utilizada. No entanto, argumentou-se que a criptografia é um conhecimento humano que não pode ser proibido por decreto (seria como proibir parte da matemática). Tecnicamente não é conhecimento complexo e programadores sem muita experiência conseguem facilmente desenvolver programas para essa finalidade.

A segunda questão, conexa com a primeira, refere-se à constitucionalidade do bloqueio de aplicativos de mensagens como sanção à não disponibilização de conteúdo de mensagens criptografadas. Parece lógico que alguém somente pode entregar aquilo que detém e, se a criptografia forte impede o acesso ao conteúdo das mensagens aos provedores de aplicação, o bloqueio seria uma medida inócua.

³⁸² Detalhes sobre o histórico de decisões sobre bloqueios de sites da internet no Brasil podem ser acessados em: <<http://bloqueios.info/pt/bloqueioteca/>>. Segue resumo do histórico dos bloqueios retirados desse site: Caso YouTube (09/01/2007 – descumprimento de ordem judicial de retirada de conteúdo – bloqueio implementado); Caso Facebook I (10/08/2012 – descumprimento de ordem judicial de retirada de conteúdo – bloqueio não implementado); Caso Tubby (04/12/2013 – potencial exposição à violência psicológica e a danos à honra – bloqueio não implementado); Caso Secret (19/08/2014 – violação da proibição constitucional do anonimato – bloqueio implementado); Caso WhatsApp I (25/02/2015 – descumprimento de ordem judicial de entrega de dados – bloqueio não implementado); Caso Uber (28/04/2015 – oferta de serviço de transporte clandestino – bloqueio não implementado); Caso Tudo sobre Todos (29/07/2015 – violação a normas de proteção de dados pessoais – bloqueio implementado); Caso WhatsApp II (16/12/2015 – descumprimento de ordem judicial de entrega de dados – bloqueio implementado); Caso WhatsApp III (02/05/2016 – descumprimento judicial de ordem de entrega de dados – bloqueio implementado); Caso WhatsApp IV (19/07/2016 – descumprimento de ordem judicial de entrega da dados – bloqueio implementado); Caso Facebook II (05/10/2016 – descumprimento de ordem judicial de retirada de conteúdo – bloqueio não implementado).

E, como dito acima, seria infrutífera a instalação de acessos extraordinários, pois deixariam o sistema vulnerável.

Parece que a posição sobre o tema varia se análise é efetuada por agentes públicos, que parecem defender que a soberania do Estado e a autoridade do Judiciário. Ao longo deste trabalho, questionou-se se esses paradigmas relativos ao Estado se sustentam na sociedade em rede na Era Informacional.

Abaixo estão relacionados os principais argumentos (selecionados pela autora desta tese), bem como a posição dos palestrantes sobre o bloqueio do WhatsApp e da utilização da criptografia. Note-se que se consideraram apenas posições literalmente explicitadas nos discursos dos palestrantes, ou seja, foram desconsideradas posições algumas vezes implícitas nas falas. Dividiram-se, para fins dessa análise, os palestrantes em três blocos: primeiro grupo, órgãos governamentais ou associações de servidores públicos; segundo, universidades (inclusive pessoas ou entidades ligadas a universidades); terceiro grupo, composto por empresas e associações privadas não ligadas a universidades.

Nas exposições, não houve alusões importantes, no primeiro grupo (órgãos governamentais ou associações de servidores públicos), ao desenvolvimento da sociedade em rede ou a aspectos teóricos sobre a governança estatal e governança da internet. O grande argumento em comum foi a relevância de que sejam preservados espaços para investigação policial. Para tanto, foi deixado em segundo plano o aspecto da (in)viabilidade técnica ou inconveniência da quebra da criptografia com inserção de acessos extraordinários nos aplicativos de mensagens. Houve, nesse primeiro grupo, a explicitação quanto à contraposição entre interesses do mercado *versus* segurança pública. Todas as falas desse grupo foram em direção à legalidade do bloqueio e a viabilidade da utilização de criptografia, desde que haja acesso extraordinário (mesmo que essa medida fragilize a segurança de todos os usuários):

QUADRO 2 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS OU ASSOCIAÇÕES DE SERVIDORES

ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS OU ASSOCIAÇÕES DE SERVIDORES	ARGUMENTOS SELECIONADOS	BLOQUEIO APÓS DEVIDO PROCESSO LEGAL	USO DE CRIPTOGRAFIA
Departamento de Polícia Federal (Felipe Alcântara de Barros Leal; Ivo de Carvalho Peixinho, Marco Aurélio de Macedo Coelho).	Necessidade de acessos extraordinários para cumprimento de ordem judicial.	A favor.	A favor, com acesso extraordinário.
Membros do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Fernanda Teixeira Souza Domingos, Neide Mara C. Cardoso de Oliveira, Vladimir Barros Aras).	Necessidade de acessos extraordinários para cumprimento de ordem judicial.	A favor.	A favor, com acesso extraordinário.
Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Maximiliano Salvadori Martinhão).	Não há ilegalidade nos bloqueios; é necessário inserir <i>backdoors</i> . Deve haver ponderação no caso concreto.	A favor.	A favor, com acesso extraordinário.
Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Alberto Pavie Ribeiro).	Se a criptografia é insuscetível de intervenção estatal, não pode funcionar de forma legal.	A favor.	A favor, com acesso extraordinário.

FONTE: Notas da audiência pública do WhatsApp e Marco Civil da Internet realizada no mês de junho de 2017 (vide Apêndice).

No segundo grupo – universidades (inclusive pessoas ou entidades ligadas a elas) –, os argumentos que mais se repetiram foram relacionados à necessidade de que se garanta a privacidade e a segurança na rede. Apontou-se que o acesso extraordinário gera falha incontrollável no sistema e que não se pode mais banir a criptografia (tendo em vista tratar-se de conhecimento humano). Os palestrantes concordaram com a afirmação de que é necessário um regime jurídico não hostil à criptografia. Dois palestrantes ressaltaram a constitucionalidade do uso da criptografia. Também foi base importante das falas a possibilidade de utilização de metadados como ferramenta poderosa que pode substituir a interceptação de mensagens. Nesse grupo, houve maior preocupação com fundamentações teóricas sobre a temática, no sentido de que acessos excepcionais poderiam viabilizar um Estado de vigilância e contrariar o direito da autodeterminação informacional. Um dos palestrantes afirmou que a tecnologia cria espaços inalcançáveis pelo Estado e isso exige uma repactuação da sociedade civil. A discussão não se centrou na ilegalidade do bloqueio, mas no tema do uso da criptografia. De forma quase unânime (um dos expositores não manifestou expressamente sua opinião), os expositores concordam com a utilização da criptografia sem acessos extraordinários. O expositor do Insper teve uma fala mais provocativa ao pedir para que imaginássemos que um dia poderemos estar a discutir sobre a saída espontânea do WhatsApp do mercado brasileiro. O expositor acredita que a pressão política, em

breve, fará com que sejam inseridos acessos extraordinários nos programas de mensagens. Nas falas dos palestrantes fica bastante claro o fato de que o Estado está sendo chamado a discutir novas problemáticas trazidas pelas novas tecnologias.

QUADRO 3 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: UNIVERSIDADES E FACULDADES (INCLUSIVE PESSOAS OU ÓRGÃOS LIGADOS ÀS INSTITUIÇÕES ACADÊMICAS)

UNIVERSIDADES (INCLUSIVE PESSOAS OU ENTIDADES LIGADAS A UNIVERSIDADES).	ARGUMENTOS SELECIONADOS	BLOQUEIO APÓS DEVIDO PROCESSO LEGAL	USO DE CRIPTOGRAFIA
Professor Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma).	Acesso extraordinário gera falha no sistema.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Professor Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp).	É preciso regime jurídico não hostil à criptografia.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Professor Marcos Antônio Simpício Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP).	Impossível banir criptografia (é conhecimento humano).	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Insper (Expositor: Renato Muller da Silva Opice Blum)	Aplicativos que geram dependência precisam de <i>compliance</i> .	Sem posição explícita.	Acesso extraordinário parece irreversível no futuro próximo.
Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Expositor: Marcelo Amarante Ferreira Gomes e Thiago Guimarães Moraes).	<i>Backdoor</i> gera problema de confiança no consumidor; é possível ataque via SMS.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio (Pablo de Camargo Cerdeira).	Criptografia é inviolável, mas, às vezes, pode ter falhas; desabilitação da criptografia é inócua.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP (Juliano Souza de Albuquerque Maranhão).	É constitucional o uso de criptografia; acesso excepcional é ineficaz e pode viabilizar vigilância total do Estado; direito em jogo é o da autodeterminação informacional; tecnologia cria espaços inalcançáveis pelo Estado; é questão de repactuação da sociedade civil.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP (Nelson Posse Lago).	A interceptação de mensagens é inconstitucional; não faz sentido provimento de serviço com responsabilidade sobre utilização do usuário; o uso de metadados é poderoso e precisa de legislação.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.

FONTE: Notas da audiência pública do WhatsApp e Marco Civil da Internet realizada no mês de junho de 2017 (vide Apêndice).

O terceiro grupo é composto por empresas e associações privadas não ligadas a universidades. As empresas diretamente interessadas no tema (WhatsApp e Facebook) se posicionaram contra os bloqueios e a favor do uso da criptografia sem acesso extraordinário, afirmando que a inserção desses acessos torna o sistema vulnerável. Seus discursos tiveram como foco a demanda social por segurança que pode ser atendida pela criptografia.

A Federação das Associações das Empresas de Tecnologia – Assespro Nacional afirmou que a polêmica sobre a criptografia existe apenas nos âmbitos jurídico, político e filosófico, pois no âmbito técnico é consenso que a inserção de acessos extraordinários gera insegurança na rede e contraria a privacidade.

Atores como CGI.br e InternetLab apresentaram como argumentos principais não somente os técnicos, mas preocupações quanto à privacidade, bem como argumentos no sentido de que há sanções menos gravosas a serem aplicadas. O ITS, o Instituto Beta e o IDEC mostraram preocupações com a possibilidade da vigilância do Estado sobre o cidadão se houver fragilidade da segurança criptográfica.

Houve opiniões divergentes sobre o tema. Uma voz dissonante foi a do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD, que afirmou ser tecnicamente possível desabilitar a criptografia para usuário específico, mas que seria bastante caro. A Febratel diz que o WhatsApp oferece utilidades semelhantes às empresas de telecomunicações e que deve buscar viabilidade técnica para atender às demandas judiciais, assim como fazem as empresas de telecomunicação, e, se for necessário, mesmo à custa de segurança do aplicativo, acessos extraordinários devem ser providenciados. O Instituto dos Advogados de São Paulo entende que espaços onde o Estado não tenha acesso são inconstitucionais. Se a criptografia não provê acesso ao Estado por meio do devido processo legal, na opinião do Instituto, não deveria ser lícita.

Chamando atenção para o papel do consumidor-usuário na questão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil entende que há um duelo entre empresas e Estado e que o sigilo das comunicações não deve ficar nas mãos de empresas. Entende, também, que a sanção do bloqueio (obedecido o devido processo legal) é natural no Estado de direito. Foi um dos poucos atores a abordar, de forma bastante rápida, o valor da informação na sociedade atual:

QUADRO 4 - AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE BLOQUEIO DE APLICATIVOS DE MENSAGENS: EMPRESAS E ASSOCIAÇÕES PRIVADAS NÃO LIGADAS A UNIVERSIDADES OU FACULDADES

EMPRESAS E ASSOCIAÇÕES PRIVADAS NÃO LIGADAS A UNIVERSIDADES	ARGUMENTOS SELECIONADOS	BLOQUEIO APÓS DEVIDO PROCESSO LEGAL	USO DE CRIPTOGRAFIA
WhatsApp Inc. (Brian Acton)	Criptografia protege privacidade e segurança; bloqueio não leva em conta importância social do aplicativo.	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Bruno Magrani).	Não tem servidores no Brasil e não tem acesso aos dados do usuário.	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Demi Getschko).	Decálogo garante direitos básicos (inclusive privacidade).	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional (Fábio Wladimir Monteiro Maia).	No terreno técnico tema é não polêmica: acesso extraordinário gera vulnerabilidades.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia (Dennys Marcelo Antonialli).	Há medidas menos gravosas que bloqueio. A criptografia visa coibir crimes.	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio – (Ronaldo Lemos da Silva Júnior).	Bloqueio não tem amparo legal; a criptografia é remédio para vigilância do Estado sobre o cidadão.	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Instituto Beta para Democracia na Internet – Ibidem (Paulo Rena da Silva Santarem).	Não existem no mundo experiências positivas de bloqueio; o Estado deve reduzir controle centralizado e nutrir ambiente evolutivo.	Contra.	Sem posição explícita.
Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (Rafael Augusto Ferreira Zanatta).	Liberdade de expressão é fundamento do marco civil, interceptação não; bloqueio não passa por teste de proporcionalidade; ONU é a favor de criptografia; há alternativas para quebra.	Contra.	A favor, sem acesso extraordinário.
Instituto dos Advogados de São Paulo (Thiago Rodovalho).	<i>Hard case.</i> Limites éticos são dados pelo ordenamento e não pela tecnologia; espaço no qual não haja acesso para o Estado é inconstitucional; forma de comunicação indepassável tem preço alto demais; é preciso salvaguardar o Judiciário e a soberania.	Sem posição explícita.	A favor, sem acesso extraordinário.
Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Eduardo Levy Cardoso Moreira e Volnys Bernal).	WhatsApp fornece utilidades semelhantes a empresas de telecomunicações; as empresas de telecomunicações têm estrutura para atendimento de requisições judiciais.	A favor, mas é inócuo.	A favor, sem acesso extraordinário.
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Alexandre Rodrigues Atheniense e Claudia Lima Marques).	Duelo de forças entre empresas e Estados; privacidade, proteção e sigilo da comunicação não devem ficar nas mãos de empresas.	A favor.	Sem posição explícita.
Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD (Alexandre Melo Braga).	Tecnicamente seria possível desabilitar criptografia para usuário específico, mas exigiria mudanças no protocolo e isso seria caro.	Sem posição explícita.	São viáveis acessos extraordinários, mas mudança do protocolo é cara.

FONTE: Notas da audiência pública do WhatsApp e Marco Civil da Internet realizada no mês de junho de 2017 (vide Apêndice).

Muito provavelmente pela exiguidade do tempo de cada exposição (vinte minutos), não houve considerações sobre as mudanças ocorridas na sociedade relacionadas às novas tecnologias, aos desafios da governança da internet e da governança estatal, bem como ao valor da informação na Era Informacional. Talvez o tema não tenha sido abordado devido ao conteúdo técnico das questões previamente elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal. De toda maneira, questões que perpassam a presente pesquisa formam o pano de fundo do debate.

Em primeiro lugar, importa ressaltar que o escopo desta pesquisa não é a discussão sobre o bloqueio de aplicativos de mensagens nem a utilização da criptografia. O objeto dessa pesquisa é a informação na sociedade em rede, no Estado e na Era Informacional. Portanto, o contexto do debate (e não seu deslinde) é objeto de nossa análise.³⁸³

Como seu viu, ao longo desta pesquisa, a globalização, a sociedade em rede e as novas tecnologias foram apresentadas como elementos da Revolução Informacional. Em apertada síntese, a informação toma lugar central na conjugação desses fatores, pois se torna um valor central na sociedade em rede. Nesse sentido, as grandes empresas de autocomunicação de massa se tornam atores importantes no jogo político e econômico internacional. Segundo Castells, na conformação da sociedade em rede, os nós mais fortes das redes são aqueles que concentram mais informações.

Essa constatação (da informação como valor central) merece um olhar crítico a partir do direito ao desenvolvimento como proposto por Amartya Sen: o objetivo da sociedade deve ser o desenvolvimento como liberdade, ou seja, capacitar as pessoas para que possam tomar decisões sobre as realizações que lhes sejam preferenciais.

³⁸³ De toda maneira, seguem algumas considerações sobre esse debate. Conforme a quase totalidade dos especialistas ouvidos, a criptografia é conhecimento humano, não sendo, portanto, viável, impedir sua utilização. Por isso a instalação de acessos excepcionais seria medida inócua, tendo em vista a possibilidade de migração para outros serviços que viabilizem a sua utilização. Não há proibição pelo ordenamento jurídico de que empresas ofereçam o serviço, o que implica dizer que elas não teriam acesso ao conteúdo das mensagens que transitam em seus servidores. Sendo assim, o bloqueio é medida que desafia a lógica (não se pode obrigar, com a essa medida, a entrega de conteúdo de mensagens que as empresas não detêm). Em um juízo de ponderação, a medida não passaria pelos dois primeiros níveis de adequação e necessidade. A medida é inócua para o objetivo pretendido (acesso ao conteúdo das mensagens), bem como existem meios menos gravosos para o atingimento da finalidade investigatória (o manejo de metadados). Apesar dessas observações para este caso concreto, as inquietudes trazidas extrapolam a conveniência ou não do bloqueio e ensejam questões nos campos sociológicos, políticos e filosóficos que demandarão reflexões que não cabem no tempo e no espaço de um processo judicial.

Outro viés que merece bastante atenção é aquele que orienta a construção de valores capazes de programar, ou seja, indicar objetivos para as redes. Essa construção passa pelo poder da comunicação. A formação da vontade política, na Era Informacional, passa a depender cada vez mais das tecnologias da informação. Os Estados e as empresas sabem disso.

Essa nova conformação social (sociedade em rede e Era Informacional) tem dois desafios importantes ressaltados nesta pesquisa: o primeiro se relaciona à governança do Estado, e o segundo à governança da internet (hoje grande suporte da sociedade em rede) no sentido de que não se perca de vista a garantia de determinados direitos, de modo que a eficiência não se torne o único objetivo nos dois casos.

Essa ressalva é muito importante, tendo em vista que a proteção da rede deve ser ligada à proteção de direitos humanos, como a liberdade informática, que, conectada ao princípio de proteção da privacidade, visa evitar a intrusão do Estado em espaços privados da vida, bem como viabilizar, em Estados totalitários, o direito de resistência.

Defende-se nessa tese uma leitura ampliada da liberdade informática sob a lupa do direito ao desenvolvimento teorizado por Amartya Sen. Desenvolvimento como liberdade significa ultrapassar o ideário da mera eficiência econômico e colocar no centro das discussões o desenvolvimento humano como a possibilidade do desenvolvimento de capacidades que permitam às pessoas escolher o que é mais importante em suas vidas. Esse é o princípio central em torno do qual deve gravitar a governança da internet e a governança do Estado. Essa configuração, algumas vezes, apareceu nas entrelinhas das exposições na audiência pública do STF, mas, por muitas vezes, a eficiência ou a informação como valores em si mesmo se tornam centrais.

O tema debatido na audiência pública vai ao encontro de nossas considerações quando ressaltamos os desafios que a governança do Estado enfrenta na Era Informacional. Para além da discussão sobre a regulação da internet, o Estado precisa fazer a gestão das novas tecnologias aplicadas à governança no sentido de proteger a democracia e não no sentido de tornar a máquina pública mais poderosa e burocrática. O Estado totalitário é um perigo real, se não se tomar como central a liberdade informática e a garantia do direito ao desenvolvimento como liberdade.

A audiência pública apresentada no início deste capítulo parece deixar claro esse desconforto. Grande parte dos agentes do Estado solicitava que o STF protegesse a soberania e a autoridade do Judiciário nos mesmos termos que na Era Industrial do capitalismo. Conforme se demonstrou, na Era Informacional, o grande desafio ao Estado é justamente lidar com a soberania fragilizada pelas novas tecnologias e pela conformação das redes. É fato que a tecnologia cria espaços inalcançáveis pelo Estado: essa é a tensão subjacente ao debate.

Conclui-se que essas questões subjacentes ao debate lançam luz, mas ao mesmo tempo, deixam o tema mais complexo. Todavia, a solução democrática, como proposto nesta tese, passa pela relevância dada à liberdade informática em conjunto com o direito ao desenvolvimento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se anunciou na introdução, a presente pesquisa enfrentou o seguinte problema: os dilemas do Estado na sociedade em rede e na Era Informacional em relação à gestão da informação especialmente no que tange a governança estatal e a governança da internet à luz do direito ao desenvolvimento como liberdade e da liberdade informática.

O caminho proposto foi o seguinte: no capítulo 2, foram apresentados os pressupostos teóricos da sociedade em rede, bem como argumentos sobre o valor da informação na Era Informacional; no capítulo 3, discutiu-se sobre o poder da comunicação na esfera pública na sociedade em rede, que conforma valores nas redes estatais ou privadas; no capítulo seguinte, apresentaram-se considerações sobre a governança estatal bem como os limites para a ingerência do Estado na privacidade; ao final (capítulo 4), foram feitas considerações sobre a governança da internet e discutiu-se sobre a conveniência de sua regulação. A análise das duas espécies de governança (do Estado e da Internet) se deu à luz do princípio de desenvolvimento como liberdade atrelado à liberdade informática a fim de superar a tese da prevalência da eficiência em temas ligados a novas tecnologias.

Em geral, utilizou-se o método interpretativo transversal das ciências humanas com a análise de fontes de informação (revisão bibliográfica) de várias disciplinas. Todavia, na terceira parte do último capítulo, aplicou-se o método de análise de conteúdo dos argumentos apontados pelos expositores em audiência pública no Supremo Tribunal Federal realizada em junho de 2017.

Na análise preliminar do tema, foram levantadas as seguintes questões: qual é o valor da informação e qual é o papel da comunicação na sociedade em rede? Qual a relação entre informação e comunicação com a democracia? Quais são os reflexos da Era Informacional na governança estatal e qual o papel dos direitos humanos na superação de leituras meramente eficientistas? Existiria uma tensão entre Estado, empresas e cidadãos no controle da informação e governança da internet?

A partir dessas questões, elaborou-se a seguinte hipótese: *"Se os termos da sociedade em rede perpassam o direito, a fim de consolidar garantias a eventuais agressões perpetradas a direitos não somente por parte do Estado, mas também por parte de empresas privadas que desenvolvem sistemas altamente complexos para o manejo, armazenamento e compartilhamento de informações, neste trabalho,*

propõe-se a leitura integrada do direito ao desenvolvimento como liberdade e da liberdade informática na governança estatal e na governança da internet". Essa hipótese restou comprovada pelos argumentos manejados ao longo do desenvolvimento dos capítulos desta pesquisa, conforme segue.

O capítulo 2 ("Redes, globalização e comunicação: a era informacional e o valor da informação") teve por objetivo contextualizar a presente pesquisa em termos sociológicos: fez-se alusão às conexões entre globalização, sociedade em rede e Era Informacional. Concluiu-se que a organização em rede se constituiu como padrão na contemporaneidade, tendo em vista as novas tecnologias de comunicação e a globalização. Esse quadro fez com que emergisse um novo modo de desenvolvimento dentro do capitalismo: a Era Informacional, cuja fonte de produtividade é a informação e o conhecimento.

Para evitar que informação se torne fim em si mesmo, apresentou-se uma teoria da comunicação que vincula comunicação à política e à emancipação. Essa teoria aponta as contradições presentes no próprio processo comunicativo a partir das novas tecnologias da comunicação, especialmente: o risco de que a comunicação não gere conhecimento, tendo em vista o excesso de informações disponíveis; o risco de que a falsa sensação da gratuidade das informações da internet faça esquecer os interesses políticos e econômicos que orbitam a coleta, armazenamento e gestão da informação; e o risco de segmentação e da falta de alteridade inerente ao processo de inclusão e exclusão das redes, alimentado pelos discursos de ódio.

Ainda ligada à temática da comunicação e democracia, foram apresentadas teorizações relativas à autocomunicação de massa e aos processos de decisões humanas com base tanto nas redes neurais e nos quadros pré-conceituais como no entorno comunicativo (dominado por grandes empresas de comunicação). Com base nesse quadro, destacou-se que, na Era Informacional, a comunicação é de importância sem precedentes (conforme Castells anunciou, comunicação é poder).

No capítulo 3, a relação entre redes, culturas, novas tecnologias e comunicação chama atenção para a esfera pública (conforme descrita por Habermas). É nesse espaço (esfera pública) que os valores de programação das redes são elaborados. Fez-se uma breve análise da obra de Habermas, especialmente no que se refere ao agir comunicativo, a fim de comprovar a importância da esfera pública e sua compatibilidade com a análise da sociedade a partir das teorias reticulares.

Concluiu-se que a violência não é suficiente para dominação na sociedade em rede: são necessários instrumentos discursivos e material cultural.

Na sequência, a partir dos pressupostos já colocados, fez-se uma crítica à formação da vontade política na Era Informacional a partir da chamada política informacional, que utiliza os instrumentos comunicativos para compor um quadro que, para alguns autores, como Cass Sunstein, subvertem a democracia, e para outros, como Luño, apesar do perigo da subversão, deixam espaço para um aprofundamento da democracia. Concluiu-se que a manutenção da democracia exige que sejam garantidos espaços para mensagens alternativas àquelas que as redes majoritárias transmitem.

O capítulo 4, com base nos pressupostos apresentados nos capítulos anteriores, problematiza o ideário da mera eficiência como reitor da governança estatal. Defende-se neste trabalho, a tese de que esse ideário na sociedade em rede e na Era Informacional é necessário, mas é insuficiente. Foram apresentadas, nesse capítulo, considerações sobre a fragilização da soberania do Estado na sociedade em rede e questionou-se se a racionalidade moderna responde aos desafios teóricos do presente em relação à conformação do Estado. Quanto ao tema, verificou-se que o Estado enfrenta problemas quanto ao compartilhamento de soberania em diversos níveis tendo em vista a fragilização das fronteiras pela utilização das novas tecnologias.

Por isso, o Estado também é desafiado pelo fato de que novos protocolos de comunicação devem ser elaborados dentro do Estado (inclusive no direito), bem como na relação internacional entre Estados. Todavia, o ideal da cooperação presente na conformação em rede parece conflitar com defesa de interesses de cada Estado e com falta de interesse na defesa de pontos comuns (o que impede, segundo Castells, uma governança mundial). Nesse quadro, confirmando as colocações nos capítulos anteriores, a obtenção da informação e o papel da comunicação avultam de importância tanto para os Estados quanto para empresas (especialmente multinacionais).

Concluiu-se que práticas de governança estatal (como governo eletrônico, justiça eletrônica, processo eletrônico e instrumental investigativo das autoridades policiais) não devem colocar a eficiência como objetivo central antes dos princípios da legalidade e da justiça. Para evitar esse risco, propôs-se a leitura conexa dos princípios do direito ao desenvolvimento como liberdade (na forma desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum) e a liberdade informática.

Para contextualizar o tema, foi apresentado um quadro conceitual da teoria de Sen a fim de demonstrar sua compatibilidade com a teoria reticular. Essa leitura parece fazer frente a um hiato na teoria de Castells: a falta uma teoria da justiça para a sociedade em rede.

Em suma, propõe-se que ações do Estado devem levar em consideração o incremento do conjunto das capacidades de cada indivíduo a fim de viabilizar a sua liberdade para escolher o tipo de vida que deseja ter. Nesse sentido, o ideário de eficiência (tanto técnica como econômica) é desafiado a concretizar capacidades para além de valores pragmáticos ou utilitários.

Sem refutar a importância do mercado (é um liberal), Sen propõe um conjunto de liberdades básicas, que, como se demonstrou, amparam a liberdade informática (a possibilidade de controle pelo indivíduo de seus dados no chamado espaço de fluxo nas diversas redes). A liberdade informática é instrumento para a liberdade política, econômica, social e de segurança protetora, bem como para a garantia de transparência.

Se, no capítulo 4, o foco foi a governança estatal, no capítulo 5, o foco se coloca em outra espécie de governança, a governança da internet. Ressaltou-se, no início do capítulo, que diversos interesses estão em jogo na regulação da rede, de maneira que alguns autores chegam a se referir à colonização da internet por interesses de empresas multinacionais e dos Estados. Isso faz superar a inocência dos primeiros anos da internet, quando se tentava construir um espaço de liberdade cuja grande fonte normativa era a própria cibercomunidade.

Com a superação da inocência da internet, percebeu-se que apenas a autorregulação não era suficiente. Autores como Castells são enfáticos ao afirmar que a autorregulação serviu aos interesses empresariais em detrimento da liberdade que era a aposta do início da internet. Ademais, questões como discursos do ódio chamam atenção para regulação estatal. A grande questão é o limite dessa regulação, para que não fira direitos fundamentais dos usuários da rede ou engesse o desenvolvimento da internet.

Para examinar a temática no Brasil, apresentou-se o Decálogo dos princípios da internet elaborado pelo CGI.br (Conselho Gestor da Internet no Brasil) que informou os princípios constantes do Marco Civil da Internet. Observa-se a preocupação da garantia dos direitos humanos, mas a incipiência do tema, bem como os desafios concretos que vão aparecendo com a sofisticação da tecnologia, demandam novas

articulações teóricas. Isso ficou patente com as exposições de argumentos na audiência pública sobre bloqueio de aplicativos de mensagens e Marco Civil da Internet, realizada em junho de 2017 no Supremo Tribunal Federal.

Na discussão da ADI 5527 e ADPF 403, a complexidade do tema se mostrou em duas frentes: a questão técnica da utilização da criptografia, que abre espaços os quais o Estado não pode alcançar, e a eficiência do bloqueio dos aplicativos como sanção ao descumprimento de ordens judiciais.

Nesse contexto, o Estado parece estar atônito ao ser desafiado em sua soberania (a questão envolve empresas multinacionais) e na autoridade de seu Judiciário (há fundamentos jurídicos para o bloqueio de aplicativos utilizados por milhões de pessoas que não são parte no processo?). No caso concreto objeto da audiência analisada neste trabalho, concluiu-se que a decisão deve passar pela metodologia da ponderação (conforme proposto por Alexy) ou pela discussão argumentativa a partir de valores da moralidade pública articulados pelo juiz, a fim de iniciar uma corrente de precedentes com base na integridade (Dworkin) – ambas as técnicas aplicadas considerando o princípio do desenvolvimento como liberdade e o princípio da liberdade informática.

No caso concreto discutido na audiência pública, concluiu-se que o bloqueio não se sustentaria já na análise dos primeiros passos da proporcionalidade: o meio escolhido (bloqueio) não é adequado tendo em vista ser inócuo para seu fim (o bloqueio não torna possível a quebra da criptografia) nem satisfaz o critério da necessidade (há outros meios para se chegar à finalidade pretendida, como a utilização de metadados).

Todavia, neste trabalho, esse tema (a decisão sobre o bloqueio do WhatsApp) não é central. Importa aqui o que subjaz à audiência. Percebe-se claramente que há uma tensão entre os interesses de controle de informações na rede entre o Estado, empresas privadas e os usuários da rede. Essa é a questão central que impulsionou a análise de conteúdo da audiência.

Nessa análise, ficou muito clara a tensão entre os interesses do capital e do Estado. Também ficou claro que uma análise tecnicista do problema deixa de lado questões muito mais amplas que vão para além da decisão do bloqueio: até que ponto o Estado aceitará espaços aos quais estará impedido de acessar?

Quanto à temática, defende-se a regulação desde que seja tecnicamente necessária (deve ser evitada a inflação de leis que assola o direito como um todo); devem

ser observados os princípios constitucionais e os do Marco Civil da Internet com especial relevo ao princípio de desenvolvimento como liberdade e liberdade informática para evitar a colonização da internet pelo Estado e pelos interesses privados.

Em vista do exposto, a atualidade do tema é inquestionável – especialmente pelos argumentos utilizados na audiência pública, que refletiram a grande maioria dos elementos analisados nesta pesquisa quanto ao papel da técnica, do Estado e das empresas na gestão da informação.

Em suma, justificando o título deste trabalho, o Estado se vê frente a dois dilemas principais: o primeiro se relaciona à governança estatal, ou seja, à utilização das novas tecnologias para gerenciamento da máquina pública. Caso apenas o princípio da eficiência seja reitor das mudanças na administração, corre-se o risco da perpetuação da burocracia estatal. Nessa seara, também existe o risco de aparelhamento do Estado, a partir da utilização das novas tecnologias, para que se torne presente em todos os espaços da vida do cidadão, em desrespeito ao princípio da privacidade. Para evitar esses perigos, propõe-se a leitura conjunta do princípio da liberdade informático e do desenvolvimento como liberdade.

O segundo grande dilema se refere à governança da internet (atualmente o suporte de grande parte das redes mundiais), especialmente no que tange a sua regulação pelo Estado. Em um primeiro momento, houve a tendência da defesa da autonomia da internet em relação aos Estados (utopia libertária). No entanto, a colonização da rede pelo mundo dos negócios e pelo Estado, bem como a proliferação de discursos do ódio, fizeram com que a internet perdesse sua inocência. Nesse quadro, é indiscutível a necessidade da regulação estatal, mas a grande questão é: em qual medida é aceitável a ingerência do Estado em um lugar cuja essência é a liberdade? Por outro lado, como o Estado suportará um espaço ao qual poderá não ter acesso devido ao desenvolvimento de tecnologias como a criptografia?

Em relação ao tema da regulação, conclui-se que qualquer análise deve levar em conta a superação da ideia de que apenas interesses ligados a autogestão e democracia estão presentes na internet. Há embate entre interesses do capital e do Estado. Em vista disso, nesse trabalho propõe-se que algum equilíbrio pode ser alcançado se, para além da eficiência, o princípio da liberdade informática e do direito ao desenvolvimento forem pedras angulares na análise dos temas ligados à governança estatal e à governança da internet.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. **Ratio Juris**, v.5, n.2, p.143-152, jul. 1992.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAIOCCO, Elton. **Processo eletrônico e sistema processual**: o Processo Civil na Sociedade da Informação. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BARLOW, John Perry. Declaração da Independência do Ciberespaço. In: **DHnet – Rede Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 1.º maio 2017.

BARRETTO, Vicente de Paula; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernidade reflexiva**: política, tradição e estética da ordem social moderna. Tradução de Maria Amélia Augusto. São Paulo: UNESO, 2000.

BERGAMO, Mônica. Governo Temer quase esgota verba de publicidade já no primeiro semestre. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/07/1903994-governo-temer-quase-esgota-verba-de-publicidade-ja-no-primeiro-semester.shtml>>. Acesso em: 24 jul.2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

.BR. A governança da Internet no Brasil. In: **.br**: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet. Ano 1. ed.01. 2009. p.10-17.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco civil da internet**: comentários sobre a lei 12.965/2014. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 4.829, de 3 de setembro de 2003. Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGIbr, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Partido da República, 16 maio 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4983282>. Acesso em: 1.º fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403**. Partido Popular Socialista – PPS, 03 maio 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar_processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975500>. Acesso em: 1.º fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 5276/2016. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

CAMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento de injustiça**: teoria, aplicação e debate. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30666/R%20-%20D%20-%20EDNA%20TORRES%20FELICIO%20CAMARA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 maio 2017.

CAPRA, Fritjof. **Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002.

CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información**: la sociedad red. Tradução de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Albores. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 2005. v.1.

_____. **A galáxia da internet**: reflexões sobre internet, negócios e sociedade. Tradução de Rita Espanha. Coord. José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. **Comunicación y poder**. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

_____. **A era da Informação**: economia, sociedade e cultura. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v.2.

_____. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTRO, Susana de. Apresentação à edição brasileira. In: NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.xvii-xxxvi.

CHEVALLIER, Jacques. **El Estado pós-moderno**. Tradução de Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CHUEIRI, Vera Karam de. Judicial Review, Reasons and Technology: A Glance at Constitutionalism and Democracy. In: **25th IVR World Congress. Law Science and technology. Frankfurt am Main. 15-20 August 2011**. Frankfurt: Goethe Universität Frankfurt am Main, 2012. p.1-12. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/14524795.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.14, n.104, p.553-579, out. 2012/jan. 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/80/71>>. Acesso em: 10 maio 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ELSTER, Jon. **Tuercas y tornillos**: una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales. Tradução de Antonio Bonanno. Barcelona: Gedisa, 1996.

_____. **Reason and rationality**. Tradução de Steven Rendall. Woodstock: Princeton University Press, 2009.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALINDO, Fernando. Justicia, gobernanza y legalidad. **Revista Sequência**, n.55, p.29-64, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **O sentido da modernidade**: conversas com A. Giddens. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1999.

_____. **A incluso do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Laura. 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Models of Democracy**. 3.ed. Cambridge: Polity Press, 2006.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.216-239.

KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Tradução de Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet do Brasil, 2016. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

KYMLICA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.240-247.

LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão Leite; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.3-11.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.148-164.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e a sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2007.

MEZZANOTTE, Massimiliano. Facebook come "luogo aperto al pubblico". **Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. – Focus Comunicazione, Media e Nuove Tecnologie**, n.2, p.2-17, 2006. Disponível em: <<http://www.federalismi.it/ApiOpenFilePDF.cfm?artid=32761&dpath=document&dfil e=20112016194529.pdf&content=%3Ci%3Efacebook%3C/i%3E+come+%27luogo+aperto+al+pubblico%27+-+stato+-+dottrina+-+>>>. Acesso em: 22. Jul. 2007.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NOZICK, Robert. Anarquia, estado e utopia. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, Rizzatto. Pós-verdade, democracia e consumo. **Empório do Direito**, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/pos-verdade-democracia-e-consumo/>>. Acesso em: 21 jul.2017.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OST, François; KERCHOVE, Michel Van. **De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble**: what the internet is hiding from you. Londres: Penguin Books, 2012.

PATTARO, Enrico; SARTOR, Giovanni. **Norms, Laws and the Internet**. Paper presented to the II Congreso Mundial de derecho informático. Madri, 23-27 set. 2002. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b0e4/17deb977ddf52e511c4ac0591445a643bcd0.pdf?_ga=2.30760637.385040270.1503183775-876020297.1503183775>. Acesso em: 1.º maio 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1996.

_____. Internet e los derechos humanos. In: **Derecho y conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocer. Helva: Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, 2002. v.2. p.101-121. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/2550>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10.ed. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2010.

_____. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

_____. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes e Sociedade Global** (Universidade Federal de Santa Maria), v.2, n.1, p.163-196, jan./jun. 2013.

_____. Los derechos humanos hoy: perspectivas e retos. XXII Conferencias Aranguren. **ISEGORÍA - Revista de Filosofía Moral y Política**, n.51, p.465-544, jul./dez. 2014.

PESSERL, Alexandre Ricardo. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.188-201.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. O abismo da universalização dos direitos e o papel do direito humano ao desenvolvimento como ponte. In: **Direitos humanos na ordem contemporânea**: proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2015. v.6. p.13-24.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o marco civil da internet: um guia para a interpretação. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.163-187.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

REDER, Michael. **Globalización y filosofía**. Tradução de Vicente Gómez. Barcelona: Herder Editorial, 2012.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ROVER, José Aires. O governo eletrônico e a inclusão digital: duas faces da mesma moeda chamada democracia. In: **Inclusão digital e governo eletrônico**. Zaragoza: Prensas Universitárias de Zaragoza, 2008. (Lefis series 3). p.12-37.

ROVER, José Aires; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual e internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

SAARENPÄÄ, Ahti. Data protection in the network society – the exceptional becomes the natural. In: GALINDO, Fernando (Coord.). **El derecho de la sociedad en red**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p.85-127. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis_14.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

SALCEDO, Damián. Introducción. In: SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paídos Ibérica, 1997. p.9-38.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, Porto Alegre, v.7, n.13, p.82-109, jan./jun. 2005. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTOR, Giovanni. Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values. In: CORRADETTI, Claudio (Ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Dordrecht: Springer, 2012. p.293-307. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-007-2376-4_15>. Acesso em: 1.º jul.2017.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SEN, Amartya. **Bienestar, justicia y mercado**. Tradução de Damián Salcedo. Barcelona: Ediciones Paídos Ibérica, 1997.

_____. Dez teses sobre a globalização. Tradução Paulo Migliacci. **Folha de S.Paulo**, 09 set. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200106.htm>> Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Mendes Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERBENA, Cesar Antonio (Ed.). **E-justice and governance**: collected studies. Curitiba: UFPR, 2015. Disponível em: <<http://www.ejustica.ufpr.br/index.php/publicacoes/>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. (Coord.); vários autores. **Perspectivas brasileiras e europeias em e-Justiça**. Curitiba: E-justiça UFPR, 2016. Disponível em: <<http://www.ejustica.ufpr.br/index.php/publicacoes/>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. (Coord.); vários colaboradores. **Pesquisa nacional**: interoperabilidade dos sistemas de processo eletrônico no Brasil: justiça federal e estadual. Curitiba: E-justiça UFPR, 2017. Disponível em: http://www.ejustica.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/04/Interoperabilidade_dos_sistemas_de_processo_eletronico_no_Brasil-DEFINITIVO.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

SILVA, Rosane Leal. Contratos eletrônicos e a proteção de dados pessoais do consumidor: diálogo de fontes entre o código de defesa do consumidor e o marco civil da internet. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v.2, n.1, p.74-91, 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/805/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.333-345.

SUDRÉ FILHO, Gilberto Neves; MARTINELLI, Gustavo Gobi. O princípio da natureza participativa da internet: uma abordagem sobre sua importância. In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.202-215.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. [e-book].

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco civil da internet**: comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

TELLO, Diana Carolina Valencia. **Estado, sociedade e novas tecnologias:** compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI. Curitiba: Juruá, 2015.

VERONESE, Alexandre. Revisando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia do Direito**, v.15, n.1, p.82-95, 2013.

VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: LEITE, Glaucio Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p.127-147.

WOLTON, Dominique. **Pensar a comunicação**. Tradução de Zélia Leal Adghirni. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

_____. **É preciso salvar a comunicação**. Tradução de Vanise Pereira Dresch. São Paulo: Paulus, 2006.

_____. **Internet, e depois?:** uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 3.ed. Porto alegre, Sulina, 2012.

Endereços Eletrônicos

Audiência pública – bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). Publicada pelo STF em 05 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNIOO0&t=9911s>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Audiência pública – bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). Publicada pelo STF em 05 jun. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&t=5s>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Audiência pública – bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (3/4). Publicada pelo STF em 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Bvq4JSr6uCo>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Audiência pública – bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (3/4). Publicada pelo STF em 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t1WJLLa5nV8>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

E-Justica. **Publicações**. Disponível em: <<http://www.ejustica.ufpr.br/index.php/publicacoes/>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CGI.br. **História**. Disponível em: <<https://www.cgi.br/historicos/#1995>>. Acesso em: 25 maio 2017.

CGI.br. **Sobre o CGI.br**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre/>>. Acesso em: 28 maio 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão de convocação de audiência pública para discutir o bloqueio do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil.**

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf403.pdf>>.

Acesso em: 14 mar. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Fachin convoca audiência pública para debater bloqueios judiciais do WhatsApp. **Notícia dos STF**, 03 nov. 2016. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328600>>.

Acesso em: 05 mar. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia audiência pública que discute bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet. **Notícias do STF**, 02 jun. 2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345369>>.

Acesso em: 10 jul. 2017.

APÊNDICE
NOTAS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DO WHATSAPP E MARCO CIVIL DA
INTERNET (ADI 5527 E ADPF 403)

SUMÁRIO - EXPOSITORES

Departamento de Polícia Federal (Expositores: Felipe Alcântara de Barros Leal; Ivo de Carvalho Peixinho, Marco Aurélio de Macedo Coelho).....	184
WhatsApp Inc. (Expositor: Brian Acton – cofundador do WhatsApp)	186
Membros do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Expositores: Fernanda Teixeira Souza Domingos, Neide Mara C. Cardoso de Oliveira, Vladimir Barros Aras)	192
Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)	194
Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Expositor: Demi Getschko)	197
Professor Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma).....	199
Espaço dialogal	202
Professor Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp)	208
Professor Marcos Antônio Simplício Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP)	210
Insper (Expositor: Renato Muller da Silva Opice Blum).....	212
Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional (Expositor: Fábio Wladimir Monteiro Maia).....	214
Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia (Expositor: Dennys Marcelo Antonialli).....	215
Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio – (Expositor: Ronaldo Lemos da Silva Júnior).....	217
Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Expositores: Maximiliano Salvadori Martinhão)	218
Espaço dialogal	221

Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Expositores: Eduardo Levy Cardoso Moreira e Volnys Bernal).....	227
Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Expositores: Marcelo Amarante Ferreira Gomes e Thiago Guimarães Moraes).....	228
Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Expositores: Alberto Pavie Ribeiro).....	230
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Expositores: Alexandre Rodrigues Atheniense e Claudia Lima Marques)	231
Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio (Expositor: Pablo de Camargo Cerdeira)	234
Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD (Expositor: Alexandre Melo Braga).....	237
Instituto dos Advogados de São Paulo (Expositor: Thiago Rodovalho)	238
Espaço dialogal	241
Instituto Beta para Democracia na Internet (Expositor: Paulo Rena da Silva Santarem).....	245
Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP (Expositor: Juliano Souza de Albuquerque Maranhão)	246
Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP (Expositor: Nelson Posse Lago)	250
Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (Expositor: Rafael Augusto Ferreira Zanatta)	253
Espaço dialogal	257

APÊNDICE - NOTAS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DO WHATSAPP E MARCO CIVIL DA INTERNET (ADI 5527 E ADPF 403)³⁸⁴

PARTE I – 02/06/2017

Abertura dos trabalhos

Ministra Carmen Lucia

Ministra Carmen Lucia elogia o instrumental da audiência pública, que deve servir para ouvir a sociedade. [A Ministra não participará dos trabalhos].

Ministra Rosa Weber

A ADI 5527, de relatoria da Ministra, tem como objeto três dispositivos do Marco Civil da Internet que são utilizados como fundamento do bloqueio. Também a ADPF 403, de relatoria do Ministro Fachin, versa sobre a constitucionalidade dessas medidas. A complexidade do tema faz abrir as portas do STF para que a sociedade seja ouvida sobre o tema. A Ministra ressalta que é fato inédito a audiência conjunta no STF, o que beneficia a colegialidade. Na composição do rol dos palestrantes, houve-se garantir a pluralidade dos pontos de vistas.

Ministro Fachin

É um ato de caráter técnico e processual. Ao final dos turnos haverá espaço dialogal: os expositores poderão questionar os demais integrantes da audiência pública. Fachin se preocupou com a dimensão dialógica.

³⁸⁴ Trata-se de notas (em terceira pessoa) das exposições proferidas na Audiência Pública do WhatsApp e Marco Civil da Internet. Esses apontamentos foram efetuados pela autora desta tese com a finalidade de extrair dados para análise de conteúdo (vide 5.3), na qual serão examinados alguns dos argumentos utilizados pelos Ministros e expositores em relação à temática desenvolvida nesta pesquisa. Optou-se por essa metodologia tendo em vista que, na data da realização deste trabalho, as notas taquigráficas do STF ainda não estavam disponíveis. Na internet, está disponibilizada, em vídeo, a íntegra da audiência pública (vide os endereços eletrônicos nas referências desta pesquisa).

Departamento de Polícia Federal (Expositores: Felipe Alcântara de Barros Leal; Ivo de Carvalho Peixinho, Marco Aurélio de Macedo Coelho)

Felipe Alcântara de Barros Leal

Realizará pequeno resgate sobre o tema. Não é de hoje que o tema está em discussão. Desde 2014 houve enfrentamentos. Houve julgado TJ de SP no qual a autora exigia IP de perfis que a difamaram. As primeiras alegações eram de que Facebook não tem representação legal ou contratual para receber notificações em nome do aplicativo WhatsApp. O Facebook alegou que não era proprietário, provedor ou responsável pelo aplicativo. O palestrante diz que era fato notório a fusão do Facebook e do WhatsApp. Na página de ajuda do Facebook, já aparecia vínculo com WhatsApp. Depois, veio o Marco Civil da Internet, que, nos seus artigos 11 e 13, impôs a necessidade de que empresas de comunicação tenham os registros de dados e diálogos. O Facebook afirmou que não aceitava o Marco Civil da Internet e que respeitaria apenas a lei americana. Os argumentos atuais são outros. Em abril de 2006, o WhatsApp já mencionava a possibilidade de mensagem encriptada. Logo, não daria para cumprir o Marco Civil da Internet. Há *inter criminis*, que é percorrido por meio de aplicativos de comunicação. Também atos de cogitação, de preparo e de execução feitos por aplicativos. Antevendo argumentos de que apreensão de celular supriria essa carência, o palestrante diz que apreender celular acaba com a possibilidade de ação controlada. Os meios de comunicação devem fornecer o conteúdo da mensagem em momento oportuno. A persecução penal tem que ser ditada pelo Estado e não por empresas privadas. Vivemos hoje uma revolução maior do que a revolução industrial. Temos que enfrentar a criminalidade moderna para comprovar autoria e materialidade. Convida a refletir: a pergunta não é se há viabilidade técnica, mas é por que não tem? Por que não procuram tê-la? Se for assim, qualquer meio de comunicação se blinda com questão técnica. Como a polícia neutralizaria qualquer ação? Como apurar da melhor forma? A lei tem que ser cumprida. Esse debate não se refere apenas ao WhatsApp. Questões anteriores sobre e-mails também foram similares. Temos que ter visão retrospectiva, pois, em sucessos que a Polícia Federal já alcançou, teve que enfrentar argumentos similares. Basta agregar a questão técnica que cai por terra em boa parte dos meios de obtenção de provas. O direito penal não busca elementos rasos. É preciso mergulhar nos elementos de provas que perpassam pelos meios de comunicação. Diversos meios de comunicação

cairão por terra sob o mesmo argumento. Na visão prospectiva, os cenários não são os melhores para a PF. Isso acaba tolhendo o trabalho da PF sob argumentos de viabilidade técnica. É preciso não reduzir o debate ao aplicativo ou ao momento atual. A decisão pode ter reflexos relacionados aos meios de obtenção de prova no Brasil.

Ivo de Carvalho Peixinho

Falará de questões técnicas. É último recurso. A polícia age a partir de *notitia criminis* e não está interessada em vigilância em massa. Propõe-se que a empresa forneça: metadados mediante ordem judicial de caso específico em investigação; interceptação telemática posterior a um pedido judicial, ou seja, não se está pedindo conversas anteriores. Também se propõe a possibilidade de que a empresa notifique conteúdo relativo à pornografia infantil quando forem compartilhados imagens e vídeos. Na política de privacidade do WhatsApp, a empresa informa quais dados coleta: dados da conta, números de celular, mensagens não entregues por dia, contatos, dispositivos, dados de status etc. É uma coleta grande de metadados. Esses dados poderiam ser fornecidos. O WhatsApp passou a fazer parte da família do Facebook em 2014 e essas empresas intercambiam informações. É um serviço de mensageria instantânea assíncrona – as pessoas não precisam estar on-line. O WhatsApp tem mais de um bilhão de usuários no mundo. Foi adquirido pelo Facebook, em 2014, pelo valor de dezenove bilhões de dólares. Até o momento é gratuito. Existem os clientes (*smartphones*), os serviços de notificação operados por terceiros (por exemplo, Apple e Google, que entregam as notificações), o cliente *web*, que possibilita o uso de microcomputador, e o conjunto de servidores do WhatsApp (nenhum tráfego é feito sem passar pelos servidores do WhatsApp). Sobre a criptografia fim-a-fim, baseada no protocolo Signal, há um *Technical White Paper* do WhatsApp que explica como funciona. Mas qualquer especialista em criptografia sabe que a questão de gerenciamento de chaves é complicada e importante. A solução do WhatsApp é que tudo é feito automaticamente e o usuário não precisa se preocupar. Sobre mídia, é importante observar que todas as mídias enviadas de um aparelho para o outro são armazenadas num servidor. A imagem não é enviada diretamente de um aparelho para o outro. Ela é armazenada em um servidor e é encifrada como uma chave. Essa chave é encaminhada para outro aparelho, que vai decifrar esse conteúdo. Nesse ponto são calculados resumos criptográficos para saber o tipo da imagem, independentemente do conhecimento do seu conteúdo. Isso permite a análise dos

vídeos e imagens virais para calcular quantas pessoas estão compartilhando o mesmo conteúdo. Na visão da Polícia Federal, isso poderia identificar, por exemplo, se pessoas estão compartilhando imagens de pornografia infantil. Essa seria uma das possibilidades de cooperação. Sobre a questão das chaves, a verificação é feita manualmente. O usuário abre um pedaço do aplicativo que lhe franquia acesso à câmera e deve escanear o QR Code do destinatário. Ele tem opção de notificação de segurança, mas isso é desabilitado por padrão. Quando o usuário troca de celular, isso tudo acontece automaticamente sem que ele fique sabendo. Quais são as possibilidades de cooperação? A empresa pode obter esses metadados (ela sabe quem enviou mensagens, para quem e o tamanho delas; também sabe quem faz parte de um grupo). A criptografia fim-a-fim impossibilita ao servidor ver o conteúdo das mensagens, mas ele poderia fazer uma troca de chaves e conseguir acesso a essas mensagens. Essa ideia não é do expositor e foi publicada no G1 por um jornalista. Portanto, isso seria viável para uma interceptação telemática posterior. O servidor poderia entregar chaves diferentes aos clientes e eles não saberiam disso. Isso viabilizaria interceptação telemática com ordem judicial. Outra possibilidade que ainda não foi aprofundada pelos técnicos é a questão do WhatsApp Web – se seria possível duplicar uma sessão para um terceiro. Essas são questões que a PF vislumbra como possibilidade de cooperação. [Não houve tempo para Marco Aurélio de Macedo Coelho falar].

WhatsApp Inc. (Expositor: Brian Acton – cofundador do WhatsApp)

O WhatsApp colabora com a polícia no mundo inteiro, inclusive fornecendo informações quando há ordem judicial. Agradece ao trabalho dos órgãos de justiça no Brasil e no mundo porque fornecem segurança básica para trabalharmos e vivermos. Ressalta que está no Brasil porque o Brasil é importante para o WhatsApp, e o WhatsApp é importante para o Brasil. Focalizará a criação do WhatsApp e por que é criptografado. WhatsApp é aplicativo de comunicações livre que permite o envio criptografado de documentos, mídia e texto, além de fazer chamada de voz e vídeo. É popular porque oferece forma acessível e segura para que as pessoas se comuniquem. No Brasil, mais de cento e vinte milhões de pessoas usam o WhatsApp com regularidade para falar com seus entes queridos e fazer negócios. É inspirador ver o uso do WhatsApp para fazer com que as coisas sejam melhores na vida das pessoas e nas comunidades. O bloqueio atingiu todas as pessoas. Acton usou computador a vida inteira. Entrou

online a primeira vez com doze anos em uma época em que havia tarifas de longa distância. Teve primeiro endereço de e-mail em 1987. Estava estudando ciência da computação em Stanford quando foi lançado o primeiro navegador da internet. No momento em que se formou, focalizou as tecnologias que eventualmente tornariam possível o WhatsApp. O seu primeiro emprego foi na Apple. Depois foi para a Yahoo. Na Yahoo, viu como a internet transformava as coisas e como era importante o sistema de comunicação global do futuro. Foi lá que encontrou Jan Koum. A história de Jan é diferente de Acton e ajuda a explicar por que o WhatsApp é tão focado na segurança e na privacidade. Jan cresceu em um pequeno vilarejo perto de Kiev, na Ucrânia, que na época era parte da ex-União Soviética. Em sua casa não havia água quente e em sua escola não havia banheiro dentro do prédio. A expressão livre e com privacidade não existia. Quem falasse mal do governo era preso. As pessoas com frequência evitavam usar telefone porque sabiam que as autoridades poderiam estar ouvindo suas conversas. Jan foi para os Estados Unidos com a mãe (tinham pouquíssimo dinheiro e recebiam ajuda do governo para coisas básicas, como alimentação e habitação). Quando fez 18 anos, Jan tinha aprendido sozinho a programar redes de computadores com livros que tinha encontrado em sebos. Quando Jan foi para a universidade, trabalhava também à noite como testador de segurança de computadores para proteger as redes de *hackers*. Foi trabalhar na Yahoo como engenheiro e começaram a trabalhar juntos. O trabalho deles na Yahoo e suas experiências de vida deram forma às suas atitudes em relação à tecnologia: viram o poder da internet, bem como a importância de proteger a privacidade e a segurança das pessoas. Em 2009, depois de terem saído da Yahoo, Jan disse a Acton que tinha a ideia de um aplicativo e pediu que o ajudasse a construir. Sete meses depois, lançaram o WhatsApp. Desde o primeiro dia, estavam decididos a fazer um aplicativo que facilitasse às pessoas se comunicarem com segurança e de forma acessível. São esses os princípios que ainda os orientam. Privacidade e segurança são partes essenciais do serviço oferecido pelo WhatsApp. Os médicos usam o WhatsApp para compartilhar informação de saúde confidencial com seus pacientes, os tribunais se comunicam com juízes, as empresas usam o aplicativo para falar com seus clientes e compartilhar informações sensíveis e os cidadãos usam para relatar crimes. A criptografia protege essas importantes informações e ajuda as pessoas a se sentirem seguras de que ninguém mais vai ler as suas mensagens, permitindo que se expressem plenamente sem medo. O WhatsApp acredita que a expressão "seguro e

privado" é essencial para a sociedade e que criptografia dá segurança real aos milhões de pessoas que usam o WhatsApp no Brasil e no mundo. É por isso que construiu o sistema de criptografia mais seguro que conseguiu obter. Agora, falará alguns minutos por que isso é importante. No nível geral, todas as mensagens enviadas por meio do WhatsApp são garantidas quanto à segurança com um cadeado e uma chave. Só emissor e receptor são os que têm as chaves necessárias para destrancar e ler as mensagens de WhatsApp, e ninguém mais. Ninguém intercepta (nem o WhatsApp, nem o Facebook, nem os *hackers*). Na segurança digital, ou os dados são seguros de todo mundo ou são seguros de ninguém. Qualquer ferramenta que permita ao WhatsApp acessar as mensagens das pessoas poderia ser utilizada contra seus usuários por partes hostis, como criminosos e *hackers*. Isso não é um risco teórico; é de verdade. Os *hackers* já atacaram com instrumentos da polícia, usando-os para ter acesso a dados privados em nome de grupos criminosos ou outros governos. O WhatsApp não quer que isso ocorra com as pessoas que o utilizam. Como explicará em detalhes, foram acrescentadas outras características no sistema para que seja reflexo do estado da arte. Por exemplo, ao invés de submeter todas as mensagens à criptografia de um usuário com o mesmo cadeado e a mesma chave, no sistema do WhatsApp, esse cadeado e essa chave mudam a cada mensagem. Incluiu-se também uma característica que dá aos usuários o poder de identificar a identidade e confirmar que outros não estejam lendo suas mensagens. Acton tentará responder às perguntas específicas deste Tribunal. Em primeiro lugar, vocês pediram para explicar como funciona a criptografia ponta-a-ponta do WhatsApp. Para descrever todos os detalhes do sistema, levaria mais tempo do que o disponível hoje. A forma mais fácil de explicar é por meio de um diagrama que mostra o processo passo a passo para dois usuários: Ana e Bernardo. A Ana instalou WhatsApp no telefone dela. Ao fazer isso, o telefone dela gerou um par de chaves relacionadas matematicamente. Uma é chave privada armazenada unicamente no telefone dela e a outra é uma chave pública que o telefone dela manda para o servidor do WhatsApp, para que o Bernardo ou qualquer outra pessoa possa usar. Da mesma maneira, o Bernardo instalou o WhatsApp no telefone dele e mandou também chaves públicas ao servidor, para que a Ana possa usar para mandar mensagens para ele. Então, agora, a Ana quer mandar uma mensagem para Bernardo. Em primeiro lugar, ela pede chave pública de Bernardo ao servidor e depois o telefone dela constrói o que nós chamamos de sessão. A sessão é o início

de uma conversa criptografada. Para isso, o Bernardo e a Ana passam por uma troca compartilhada de chaves. Este método permite que dois usuários criem uma chave compartilhada para criptografia através de um canal seguro. O tipo de troca de chaves que nós usamos evita que uma terceira parte, incluindo o próprio WhatsApp, obtenha informação que permita leitura da mensagem. Isso ocorre porque apenas os dois telefones dos dois usuários têm a informação correta para criptografar e retirar a criptografia de suas mensagens. Uma vez que a sessão é criada, eles podem começar a se comunicar com segurança e cada um dos seus telefones cria chaves de mensagens singulares com base em um cálculo matemático. Portanto, se a Ana quer mandar uma mensagem para o Bernardo, o telefone dela vai criptografar a mensagem usando as chaves. O sistema de criptografia do WhatsApp garante que cada mensagem tenha sua própria chave de mensagem, que muda para toda mensagem que é enviada. Portanto, depois que a mensagem é submetida à criptografia no telefone da Ana, o servidor transfere a mensagem para o Bernardo sob a forma criptografada. O servidor não consegue ler a mensagem porque não tem a chave correta. Apenas o Bernardo, que tem a chave certa armazenada apenas no telefone dele, e em nenhum outro lugar, consegue ler. Quando a mensagem chega ao telefone do Bernardo, o telefone dele tira a criptografia, usando a versão dele da chave de mensagem armazenada apenas no telefone dele. Os dois lados da comunicação, nesse caso, a Ana e o Bernardo, usam um algoritmo duplo. Essa catraca garante que uma nova chave de sessão e uma nova chave de mensagem serão sempre modificadas e recalculadas à medida que as mensagens fluem entre os dois usuários. É uma proteção importante, conhecida na comunidade de segurança como sigilo futuro. Isso significa que, se as chaves de qualquer única mensagem forem comprometidas, as chaves não podem ser utilizadas para voltar e retirar a criptografia de mensagens já transmitidas. Finalmente, os usuários dos WhatsApp podem confirmar que suas chaves não foram falsificadas usando um processo chamado verificação de código de segurança. A verificação do código de segurança permite que o receptor confirme que a chave do emissor foi utilizada para criptografar as mensagens, e não a chave não desejada de uma terceira parte. Isso quer dizer que Ana e Bernardo podem telefonar ou enviar mensagens e comparar seus códigos de segurança para confirmar que suas mensagens foram enviadas um para o outro. Agora, a segunda pergunta: os senhores queriam saber se é possível interceptar conversas enviadas através do WhatsApp mesmo com a criptografia ponta-a-ponta

ativada. A resposta é que não. Não em uma forma legível. Não há jeito de o WhatsApp interceptar conteúdo legível com seu sistema atual porque não tem acesso às chaves privadas dos usuários nem às chaves de mensagens utilizadas para retirar a criptografia das mensagens. Uma vez que o armazenamento das chaves e a retirada da criptografia ocorrem somente no telefone do usuário, usando chaves que são singulares, é impossível ler ou interceptar qualquer comunicação entre os usuários. A terceira pergunta desse Tribunal é se é possível desativar a criptografia ponta-a-ponta de um ou mais usuários de forma que suas mensagens pudessem ser interceptadas e lidas. A resposta é não. O WhatsApp foi construído de forma que só pode enviar mensagens sob criptografia no sistema. Todas as mensagens de todos os usuários são criptografadas. O sistema não consegue enviar ou receber mensagens não submetidas à criptografia. Portanto, não há jeito de desabilitar a criptografia para um usuário específico durante a entrega da mensagem. Mesmo que houvesse esse jeito, essa mudança efetivamente evitaria que o usuário enviasse ou recebesse qualquer mensagem pelo WhatsApp. Essencialmente, seria inutilizado para aquele usuário. Além disso, quando o usuário abre o WhatsApp e manda uma mensagem, o telefone automaticamente atualiza a chave de criptografia. Se não existirem essas chaves, o aplicativo automaticamente tenta gerar novamente as chaves, de forma que o usuário possa transmitir mensagens com segurança de novo. Além disso, se o WhatsApp substituísse as verdadeiras chaves de criptografia por chaves de criptografia falsas, o processo de verificação do código de segurança falharia e o usuário saberia que estaria sendo monitorado. A única forma de desativar a criptografia para um usuário seria desativar para todos os usuários. Os especialistas de segurança advertem contra a fragilização da criptografia através de portas dos fundos (*backdoors*), porque isso cria um buraco de segurança que terceiras partes podem usar. Por exemplo, se houvesse uma chave mestra que permitisse que o WhatsApp tivesse acesso às mensagens e se essa chave falsa caísse na mão de um *hacker*, ele poderia ler mensagens por todo o WhatsApp. Além disso, isso colocaria em maior risco todas as comunicações se houvesse um vazamento de dados. As mudanças que inutilizam a criptografia ponta-a-ponta seriam também detectadas rapidamente, pois pesquisadores da comunidade científica analisam com regularidade o código do WhatsApp. Eles descobririam e divulgariam qualquer vulnerabilidade instalada no *software*. Alternativamente, se o WhatsApp modificasse seus servidores para interferir no sistema de troca de chaves, esse tipo de interceptação seria também detectável

devido ao sistema de verificação do código de segurança. As novas mensagens já não teriam o código de segurança que combinasse com o código de segurança do emissário original, fazendo com que os alvos soubessem imediatamente que estariam sendo monitorados. A remoção do código de segurança reduziria a segurança para todos os usuários. A quarta pergunta seria se é possível espelhar contas para outros dispositivos, permitindo que a ordem de interceptação fosse dirigida para um usuário específico (WhatsApp Web seria um exemplo). O WhatsApp Web usa um túnel seguro diretamente conectado ao telefone do usuário para sincronizar as mensagens de forma que se possam ler todas as mensagens nos dois dispositivos. O WhatsApp Web é extensão do aplicativo WhatsApp e não é possível usá-lo sem uma conta do WhatsApp. E há vários motivos pelos quais o espelhamento para o WhatsApp não funcionaria no nosso sistema atual. Em primeiro lugar, o aplicativo mostra todos os eventos do WhatsApp Web ligados a uma conta. O alvo conseguiria ver uma sessão extra desconhecida. Se o WhatsApp desativasse essa visibilidade, as modificações no *software* seriam detectadas e publicadas pelos pesquisadores em segurança. Os usuários, inclusive os criminosos, saberiam e não confiariam e, por isso, não usariam o produto. Em segundo lugar, o WhatsApp, no telefone do usuário, deve escanear um código QR apresentado pelo WhatsApp Web e usado para verificação. Isso tem que ocorrer antes do WhatsApp Web ter acesso a qualquer mensagem. Assim sendo, pela primeira vez ao menos, o telefone tem que estar presente no mesmo lugar que WhatsApp Web para que funcione o escaneamento do código QR. Em terceiro lugar, as mensagens enviadas entre os dois sistemas utilizam criptografia ponta-a-ponta em um túnel seguro para o qual o WhatsApp não tem a chave. Mesmo deixando de lado o WhatsApp Web, o WhatsApp não pode espelhar uma conta de WhatsApp de forma que as mensagens sejam entregues a outros *smartphones* ou outros computadores, uma vez que as mensagens são criptografadas de ponta-a-ponta. Se nós tentássemos construir uma porta dos fundos para espiar as mensagens, isso seria detectado pelos pesquisadores de segurança, uma vez que a mudança exigiria uma atualização do *software* de todos os usuários no mundo e não apenas no Brasil. A quinta e sexta perguntas têm a ver como a conexão e como os *logs* de acesso para aplicativos da internet operam e como os dados pessoais e as comunicações privadas são coletados, armazenados e processados. Só pode falar como funciona o WhatsApp. Quando os usuários se comunicam usando WhatsApp, o aplicativo automaticamente envia informação limitada do acesso, enquanto as mensagens

criptografadas são entregues ao receptor. Alguma informação é mantida pelo WhatsApp. O WhatsApp já disponibilizou esse tipo de informação para a polícia brasileira como resposta à ordem judicial. Entretanto, o conteúdo das mensagens é sempre criptografado. É impossível ler ou interceptar o conteúdo das mensagens. Espera ter conseguido responder todas as perguntas, dando uma ideia de como funciona o WhatsApp e por que o acesso ao conteúdo é impossível. Afirmo que gostaria que esse Tribunal soubesse que o WhatsApp continuará a trabalhar com os órgãos de justiça brasileiros para ajudá-los na sua missão de solucionar crimes mantendo as pessoas seguras. Agradece ao Tribunal por terem dado ao expositor a oportunidade de responder suas perguntas hoje.

Membros do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Expositores: Fernanda Teixeira Souza Domingos, Neide Mara C. Cardoso de Oliveira, Vladimir Barros Aras)

Neide Mara C. Cardoso de Oliveira

Sobre a suposta representação da WhatsApp no Brasil: trata-se de notório grupo econômico entre Facebook e WhatsApp. O Facebook opera o WhatsApp Inc. (essa informação está no site do Facebook), sendo que o amplo compartilhamento de dados entre as duas empresas foi anunciado em 2016. Considerando o Marco Civil da Internet, ou as empresas fazem parte de um único grupo ou não poderiam compartilhar dados. Ademais, a alegação de que o WhatsApp não tem representação no Brasil não afasta a responsabilidade do WhatsApp. É preciso o enquadramento da atividade jurídica: se corresponde à atividade ou não de serviço essencial. Somente serviços tidos como essenciais estão acobertados pelo manto da continuidade de seus serviços. Também não se confunde com empresa de comunicação. O serviço do WhatsApp depende da contratação de empresas de comunicação (aplicações OTT). Isso implica custos reduzidos de manutenção. A partir de um aparelho de celular, podem-se enviar arquivos sem nenhum custo adicional. Na Europa, discute-se se há concorrência desleal. Ora, se utiliza estrutura preestabelecida, não seria serviço essencial. Como prestador de serviço de valor adicionado não essencial, o WhatsApp estaria condicionado ao Marco Civil da Internet. Tal serviço de valor adicionado não confere o manto do princípio da continuidade aos serviços do WhatsApp – inclusive, não estariam submetidos à Anatel. É importante observar que não há respaldo legal para regime jurídico híbrido. O WhatsApp observa normas de submissão à Anatel e

ao Marco Civil da Internet – quer extrair o melhor dos dois mundos. As ações em comento devem ser procedentes: os direitos a comunicação e liberdade de expressão não são absolutos e podem ser modulados em favor da vida, intimidade, segurança, proteção integral à criança etc. – esses princípios devem ser analisados a partir da Constituição, e comunicação e liberdade de expressão não podem se sobrepor a todos os direitos. Ambos são essenciais, mas podem ser restringidos quando outros direitos devam ser protegidos. A garantia da privacidade dos dados deve ser protegida, mas deve ser garantido acesso à autoridade policial se houver ordem judicial segundo o Marco Civil da Internet. A suspensão temporária de um aplicativo não viola esses direitos, pois há outros aplicativos gratuitos. Ademais, por duas vezes, o serviço ficou fora do ar. O WhatsApp tenta justificar a não submissão ao ordenamento jurídico pátrio. O Marco Civil da Internet é sistema coeso. O WhatsApp, ao associar equivocadamente a suspensão de seus serviços à suspensão da navegação da internet, faz raciocínio falacioso na medida em que o acesso à internet nem de longe fica prejudicado.

Fernanda Teixeira Souza Domingos

A criptografia e fornecimento de metadados são questões subjacentes e relevantes para a investigação de crimes sérios. O uso da criptografia faz com as mensagens sejam cifradas. As partes detêm as chaves. O WhatsApp diz que não tem a chave mestra e só os interlocutores têm as chaves. Por isso, ficaria inviável a quebra de criptografia. Não houve auditoria nos sistemas do WhatsApp, então não sabemos se essas informações são verdadeiras. Ficaram pontos obscuros como a questão de identificação dos vídeos virais. Como o WhatsApp consegue identificá-los e retê-los? A partir dos documentos entregues pelo WhatsApp seria possível forçar uma troca de chave. Embora isso gere a notificação aos usuários, é fato que nem todos ficam a cada momento observando se o QR Code é o mesmo. Logo, seria relevante a possibilidade desse tipo de interceptação (que o WhatsApp admitiu ser possível). Embora haja outras técnicas de investigação, essa teria alto grau de efetividade. O WhatsApp disse que desde janeiro retém os metadados. Não se conseguiu comprovar se isso é assim. É preciso de sanções para empresas que descumprem ordens judiciais. A abolição dessas sanções fere a soberania.

Vladimir Barros Aras

Esse tema de mensageiros eletrônicos lembra artigo escrito pelo expositor, que se intitulou "A questão penal do Marco Civil da Internet". Aparentemente, o que o WhatsApp tenta defender é a proteção de dados pessoais de pessoas que transferem dados médicos e mantêm conversas comuns ou sobre assuntos comerciais e industriais. Mas os mensageiros eletrônicos também são utilizados por traficantes, terroristas e criminosos comuns (que, às vezes, estão em estabelecimentos penais). Há usos lícitos e ilícitos. Na história da incidência do direito penal, o Estado sempre pôde ter acesso aos dados bastando ordem judicial. O Art. 11 do Marco Civil da Internet dispõe que empresas pratiquem o que está ali descrito. Isso vale também para o WhatsApp. Na área de cooperação internacional, onde atua, às vezes é preciso recorrer a mecanismos de cooperação para pedir certos dados. Esses dados são importantes para defesa de direitos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos diz que o direito penal serve para proteger direitos humanos e que o Brasil deve investigar delitos graves. Quando estamos diante da afirmação de que não é possível garantir o acesso a dados, é interessante notar que esses aplicativos foram feitos por homens e podem ser redesenhados. Os art. 11 e 12 do Marco Civil da Internet se aplicam. Os bloqueios são a última medida a ser aplicada. Essas regras não são novidade no sistema brasileiro. O art. 670 do Código Civil de 1939 dispunha sobre a dissolução de empresas que praticassem ilícitos. Também na Lei de Corrupção Empresarial, no art. 19, há dispositivo parecido. Entende que o WhatsApp não comete ilícitos, mas nós não podemos imaginar que criaríamos no Brasil um paraíso digital que violasse direitos.

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)

É responsável pela área de relações governamentais e políticas públicas do Facebook. Falará da relação entre as empresas, criptografia e cooperação com autoridades investigativas. O Facebook entende que são questões de alta complexidade e que têm importância para os 120 milhões de brasileiros que acessam a internet regularmente. O Facebook tem enorme respeito pela legislação brasileira e pelo trabalho das autoridades e do governo. O Facebook entende que a criptografia ajuda, inclusive, a garantir a privacidade das comunicações entre autoridades. O Facebook é empresa de alcance global que tem a missão de tornar o mundo mais conectado. Facebook conectou mais de dois bilhões de pessoas no mundo e 117 milhões no Brasil. É a maior plataforma de comunicação que houve na humanidade. O Facebook empodera

milhares de pequenos negócios para gerarem renda e ajudarem a comunidade. O seu uso é gratuito e tem receita principalmente com a venda de espaço publicitário. Os controladores da plataforma no mundo são Facebook Inc. e Facebook Irlanda – controladores da plataforma do Facebook. Somente eles têm acesso aos dados dos usuários. O FB Brasil, por sua vez, é uma entidade independente cujo objeto social (conforme o contrato social) é a comercialização do espaço publicitário nas plataformas do Facebook no Brasil. O Facebook Brasil não possui infraestrutura como plataformas e servidores e não opera as plataformas do Facebook e, portanto, não tem acesso aos dados dos usuários. O WhatsApp, o WhatsApp Inc. e o Facebook são empresas independentes. O Facebook não tem acesso aos dados dos usuários do WhatsApp Inc. Por muito tempo, quando as autoridades de investigações buscavam dados bancários de instituições de outros países, a saída era recorrer a acordos de cooperação. Da mesma maneira, quando Facebook Brasil começou a operar, seguiu essas práticas. Falará sobre a importância da criptografia para a sociedade moderna. O Marco Civil da Internet prevê uso da criptografia. Além disso, quando olhamos no mundo, vemos, por exemplo, o Relatório do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que afirma que a criptografia viabiliza que os indivíduos exerçam os seus direitos de liberdade de expressão e de opinião na era digital, portanto, merece forte proteção. Da mesma maneira, em 2016, a Assembleia Geral da ONU confirmou que a pressão sobre empresas vem crescendo e que o bloqueio das plataformas tende a restringir a liberdade de comunicação de milhões de pessoas. A criptografia faz parte do dia a dia de nossas ações hoje. E-mail, saques eletrônicos – a criptografia está presente. Se não existisse, haveria mais incidentes de segurança. Números do CERT Brasil (Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil), mantido pela CGI (Comitê Gestor da Internet no Brasil), dão conta de que, em 2015, cerca de 500 mil incidentes foram registrados. Isso demonstra que o desenvolvimento da internet sem criptografia estaria comprometido. Os Estados também usam criptografia e diversas atividades econômicas dependem dela – comércio eletrônico, operações bancárias. Criptografia é diferencial de serviço e é vantagem. Se, no Brasil, a criptografia for considerada ilegal, as empresas locais estariam em desvantagem competitiva. A razão pela qual diversas empresas têm oferecido esse serviço é a demanda dos clientes. Messenger, Facetime e Telegram também oferecem criptografia e também não têm acesso ao conteúdo das mensagens. Grupos internacionais, como o *Electronic Frontier Foudantion*, recomendam os serviços mais seguros. Por fim, a criptografia é

importante na defesa da liberdade de expressão, liberdade de comunicação e privacidade. Permite a comunicação livre, aberta e honesta sem que terceiros não autorizados tenham acesso ao seu conteúdo. Concretiza os mandamentos constitucionais. Pessoas, governos e negócios devem continuar a se comunicar de forma segura. Sobre a cooperação que Facebook Irlanda tem tido com a polícia, qual a atitude que o Facebook Brasil toma quando é demandado por dados? O Facebook disponibiliza sistema on-line que possibilita diretamente requisições de autoridades. Essas requisições são analisadas para saber se cumprem com o devido processo legal e legislação aplicável. Em 2016, mais de 120.000 requisições foram feitas em todo o mundo para o Facebook. As respostas às autoridades são feitas por e-mail e contêm, muitas vezes, *link* seguro para serem obtidos os dados requisitados. Caso cheguem diretamente ao escritório do Facebook Brasil, a empresa não se omite. O pedido é enviado ao Facebook Irlanda, que responde imediatamente às autoridades que estão solicitando. Em 2016, somente no Brasil, foram feitas mais de 3.500 requisições relacionadas a 7.600 usuários do Facebook. O Facebook, como pode ser visto no relatório de transparência que é disponibilizado pela empresa, forneceu dados em milhares de casos. O Facebook somente não fornece os dados caso não se tenha seguido o devido processo legal. A recomendação que o Facebook Brasil recebeu de seus especialistas é aplicar a lei brasileira e os tratados de cooperação que foram internalizados pela lei brasileira. O Decreto 3810/2001 internalizou o tratado com os Estados Unidos e foi validado pelo Marco Civil da Internet, que reconhece os tratados internacionais. A efetiva cooperação do Facebook com as autoridades, muitas vezes, é invisível aos olhos da comunidade e da imprensa. Falará de três casos. Primeiro caso, na Operação Hashtag, que inviabilizou ataques terroristas à época da Copa do Mundo, houve cooperação entre Facebook e as autoridades de investigação. O Facebook também compartilhou informações que levaram à prisão de sequestradores que buscavam pagamento de resgate em Santa Catarina. Também em Santa Catarina, o Facebook compartilhou informações sobre postagens de natureza suicida. As autoridades salvaram a vida dessa pessoa. O Facebook não se preocupa somente em virtude de obrigações legais. Há ações proativas: central de proteção ao *bullying*, com informações para pais e educadores. Também disponibiliza materiais para que pais e mães possam monitorar seus filhos em relação ao acesso à rede; o Facebook tem central de ajuda em que todos os usuários têm diversos suportes. Recentemente fez campanha para prevenção do suicídio. Sobre as ações que o Facebook tem

realizado na questão da exploração de crianças, em conjunto com outras empresas, implementou sistema de detecção de exploração infantil. Quando alguém tenta subir uma foto, ela é comparada com banco de dados e, se for o caso, a foto é removida, a conta é tirada do ar e as informações são enviadas para entidades competentes. A política do Facebook é dar suporte para que os usuários denunciem postagens fora da política da empresa. Estão sendo contratadas 3.000 pessoas para esse suporte e para analisar as denúncias.

Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Expositor: Demi Getschko)

A formação é na área de exatas e trará essa dimensão ao processo. É um dos 21 conselheiros do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) criado em 1995. O CGI não tem controle de nenhum setor específico da sociedade nem é controlado por nenhum órgão, ou seja, encarna o que é o conceito da internet. O CGI tem algumas atribuições, mas não é órgão regulador nem gera nada obrigatório. Apenas estabelece boas normas, segurança e padrões operacionais. Quando o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) se posiciona por meio de resoluções, isso indica que se chegou a um consenso (quando não há oposição sólida em relação a algum ponto). Por meio do que aparece no Marco Civil da Internet, tem atribuições específicas para indicar boas normas de segurança e sigilo. São 21 membros: nove do governo e 12 da sociedade civil. Em particular, o expositor é ligado ao NIC Brasil (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR), braço executivo do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), uma vez que o Comitê não tem personalidade jurídica. Também existe o CERT (Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil), que gera resoluções sobre segurança. O Comitê tem 12 anos de estatísticas e padrões da web. Isso tudo vem de recursos gerados pelo .com.br. Trata-se de entidade privada, mas devolve para a comunidade o que recebeu. Tem a tendência de tratar pontualmente as coisas que acontecem e tenta absorver o impacto que a internet traz. É uma ruptura em todas as atividades, que gera reflexo em toda a vida. Por exemplo, modelos econômicos foram rompidos – hoje não se fazem mais chamadas telefônicas internacionais. É fato da vida. Essa ruptura, todavia, ainda não foi assimilada. Não é para o bem ou mal, mas fato da vida. Na internet, a característica de atuação no país é bastante complicada. Quando se discutiu o Marco Civil da Internet, a primeira redação incluía *logs* de acesso com IP e hora, e depois foi incluído o *log*

de provedor de aplicação. A questão é que não temos ideia de onde estão os provedores de aplicação. Se estiver na Indonésia, ele vai guardar *log* conforme exige nossa lei? Isso não está claro. Há saída que se refere aos que têm interesse no Brasil. Isso não está claro. É ruptura na área jurídica que não foi tratada com profundidade. Essa classificação é algo confuso. O que o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) fez nos velhos tempos, quando aconteceram eventos específicos, no caso Cicarelli, por exemplo? Foi feito um decálogo a fim de proteger preceitos básicos. Internet é meio de comunicação ponta-a-ponta. Deve ser muito simples. Deve apenas encaminhar pacotes. Não se deveria olhar lá dentro. Os protocolos sempre foram feitos nesse sentido. A internet permite inovação livre e cada ideia nova pode ser colocada no ar se o público adotar. O exemplo é o Pokémon (fez sucesso no início, mas agora nem tanto). O crivo é a própria comunidade, que diz o que está apto a continuar. Temos vários exemplos de coisas que acontecem do nada. Isso é positivo. É diferente de criação de uma siderúrgica, que precisa de infraestrutura e não pode ser criada do nada. Essa abertura deve ser preservada. A criptografia tem diversos atributos e três eixos que devem ser garantidos: informação deve ser confidencial, íntegra e disponível. Segurança da informação envolve tecnologia, matemática, política e fatores humanos. Há outra coisa meio confusa no debate atual. Existem dados individuais que são secretos e outros não. A identificação por face não é secreta (todos podem conhecer a face de qualquer um de nós), mas uma senha privada não é pública. Se alguém conseguir um fio de cabelo, o DNA estará disponível. A impressão digital está no copo de água que bebemos. É importante observar que toda vez que abusamos de algo, há movimento de proteção indo no sentido contrário. O caso Snowden empurrou a sociedade no sentido da privacidade. Quanto mais empurramos a internet no sentido de monitorar, mais a internet irá em outro sentido. A internet é espelho da comunidade, temos sujeitos de todos os tipos lá. Temos mais casos sendo resolvidos porque a internet existe do que casos que foram criados pela internet. Esses casos sempre aconteceram. A internet permite que nós peguemos pessoas que abusam de crianças fisicamente (os abusos sempre são físicos). A internet é ferramenta de apoio, mas mostra de forma exuberante o que acontece na comunidade (as coisas acontecem na comunidade e não na internet). A criptografia é ferramenta usada em processo jurídico e eletrônico. Também as empresas não querem que seus dados sejam visíveis. A criptografia não é criticável, mas é ferramenta para o desenvolvimento da comunidade. Deve ser protegida. Mas, ao permitir a criptografia, vem a história da chave e do ser

humano. Há formas de acesso que estariam teoricamente nas mãos de pessoas de bem. Todavia, se você tem chave excedente, ela está disponível não apenas ao bem. Alguns falam que deveríamos ter chave padrão, mas isso não estaria sob controle. O ataque desse mês (*WannaCry*) é exemplo. Todos os sistemas têm várias falhas, conhecidas ou não. Alguém de área de governo estadunidense descobriu a falha e decidiu guardá-la para um caso de necessidade quando o governo precisasse investigar. Obviamente, essa chave caiu nas mãos de pessoas do mal. Em pouco tempo, tivemos enorme ataque. Isso para pontuar o fato de que não deveríamos colocar os ovos nessa cesta de acesso privilegiado. Ou a segurança existe para todos ou não existe para ninguém. O usuário suspeito vai perceber que está sendo utilizada a estratégia de homem no meio. O usuário do mal vai checar toda hora o QR Code. No passado, os Estados Unidos tinham política de não compartilhar tecnologia. Hoje isso é diferente. Não tem motivo de pânico. A questão é evitar que a internet se torne rede para controle dos cidadãos. Os metadados resolvem a maioria do caso. A internet tem mais informações sobre nós do que sabemos. Não deveríamos exacerbar a vigilância da internet. A criptografia é instrumento dos direitos humanos e tem base no princípio primeiro do decálogo. Ela é tecnologia de segurança e atende também ao princípio quinto. No princípio de número sete, fica claro que é importante penalizar os atores. O Marco Civil da Internet deve ser aplaudido. O princípio oitavo também ampara a criptografia. Privacidade e segurança não são contrapostas, mas convergentes. É falsa dicotomia. Temos que batalhar por ambas. Franklin disse que, se abrir mão da liberdade para ter segurança, você perde os dois.

Professor Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma)

É professor da Universidade de Washington. Foi professor da UNB. Tem doutorado em criptografia no Japão. Membro do Comitê Técnico do ICP Brasil. Em que consiste a criptografia? De maneira simples, os objetivos da criptografia são garantias de integridade, autenticidade (determinar origem e identidade) e confidencialidade (o conteúdo deve ser restrito às partes autorizadas). Existem dois tipos de criptografia: simétrica (as chaves são iguais); pública (as chaves são diferentes). De maneira geral, você tem um centro e duas partes que desejam se comunicar e, para tanto, devem estabelecer um túnel criptográfico. No caso do WhatsApp, todas as mensagens passam pelo centro. Túneis criptográficos têm duas fases: na primeira se estabelece a chave privada (é a chave de sessão que muda constantemente). Na segunda fase,

essa chave é utilizada para o transporte da mensagem criptografada. O Signal, que é o protocolo utilizado pelo WhatsApp, segue essas linhas gerais. Isso leva à seguinte questão: seria possível a interceptação de mensagens por meio do WhatsApp, ainda que esteja sendo utilizada a criptografia ponta-a-ponta? Não existia uma descrição detalhada desse protocolo, mas a comunidade científica trabalhou nisso e hoje existem descrições detalhadas. O Signal como se encontra hoje é seguro. Obviamente que, no futuro, pode-se encontrar uma vulnerabilidade. Não podemos quebrar a criptografia forte. Mas como acontecem tantos casos de *hackers* e invasões de sistema? A criptografia é uma planta. O sistema é uma casa. O protocolo diz como a casa deve ser construída. Você tem o protocolo, o desenvolvedor e o sistema operacional. Qualquer ponto pode ter problemas. Pode ser que o WhatsApp tenha vulnerabilidade? Pode ser. Mas até agora não se conhece nenhuma. É possível espelhar as conversas de um telefone para uma central de interceptação? Essa não é uma pergunta nova. Desde 1980 se discute isso nos Estados Unidos. O governo Clinton queria utilizar criptografia. Então, é possível modificar o WhatsApp ou cifrar com outra chave? Problemas: você cria um ponto central de falha. O guardião de acesso a essas informações certamente será comprometido e poderá ser utilizado por partes não autorizadas, como governos, corporações e organizações criminosas. Nós temos exemplos disso no passado. Entre 1996 e 2006, na Telecom Itália, um sistema de interceptação autorizada foi utilizada de maneira indevida para espionar as contas de 6.000 pessoas, inclusive de líderes políticos, de pessoas do mundo dos negócios, de magistrados e de jornalistas. Entre 2004 e 2005, 100 membros do governo Grego (incluindo o primeiro ministro e o ministro da justiça) tiveram suas conversas interceptadas através de sistema de interceptação legal em uso nas centrais telefônicas da Vodafone na Grécia – até hoje não se sabe a identidade dos responsáveis. Em 2010, a Cisco introduziu mecanismos para possibilitar a interceptação legal em seus roteadores (peça chave para funcionamento da internet). Posteriormente foram descobertas vulnerabilidades que não se sabe se foram exploradas por terceiros não autorizados. Seria possível desabilitar a criptografia ponta-a-ponta de usuários específicos para que dessa forma se possa operar a interceptação juridicamente legítima? Poderíamos indicar uma série de cenários nos quais se modificaria o protocolo de modo a inserir essa propriedade. Poderia haver uma mensagem que viria da central e desabilitaria o uso da criptografia no aparelho em si; poderia se implementar um ataque *men in the middle* (apesar dos comentários que foram feitos

aqui de que ele seria detectável – e realmente seria). O expositor não entrará no mérito da detecção desses ataques (feitos a nível de usuário final, serão detectados). O ponto importante é que se estaria modificando o projeto do protocolo criptográfico – o que é algo extremamente complicado. Há pouquíssimos especialistas no Brasil. Via de regra, quando se projeta um protocolo criptográfico, torna-se esse protocolo disponível para escrutínio público por anos durante os quais especialistas do mundo todo buscam encontrar vulnerabilidades para depois se tornar padrão. Quem seria o responsável pelo projeto e pelo seu escrutínio? Qual o mecanismo de governança que seria utilizado? Essas são questões importantes que têm que ser observadas. Como se pode garantir que determinada política de interceptação legal seja efetuada de determinada maneira na prática? A internet é global. Existem aplicativos de empresas de diversos países e que não têm representação legal no Brasil. Por que os usuários não poderiam utilizá-los? Segundo, existem aplicativos que permitem que o usuário realize a criptografia e, depois da mensagem criptografada, copie e cole em aplicativos de troca de mensagens. Nada impede que isso seja usado por usuários finais. Às vezes se tem a falsa ideia de que é necessário um alto nível de expertise para fazer isso. Não é assim. As ferramentas estão disponíveis publicamente e qualquer pai de filho adolescente sabe do que uma mente curiosa é capaz. Essas não são opiniões do expositor, mas da comunidade científica. O artigo *Keys Under Doormats* foi escrito pelos maiores especialistas da área e foi enviado ao Presidente dos Estados Unidos. Os autores esclarecem que qualquer decisão que seja tomada (e esse debate está ocorrendo atualmente nos Estados Unidos) deve levar em consideração todas as consequências. Não existe solução simples e há consequências em cada um dos cenários. Outro exemplo foi carta enviada a Obama, assinada por mais de cento e cinquenta especialistas no mundo, que defendiam de maneira enfática a criptografia forte. Afirmaram que qualquer tentativa de enfraquecer a criptografia de modo a permitir uma interceptação legal afetaria as empresas americanas e o potencial de competição internacional dessas empresas. Isso foi colocado no contexto dos Estados Unidos. Nosso contexto é obviamente diferente, mas o que foi dito aqui, pelo menos na comunidade científica, é consensual. Os questionamentos que ocorrem se dão na esfera política. A criptografia ponta-a-ponta impossibilita investigações criminais? Essa não é especialidade do expositor, mas afirma que existe a possibilidade de metadados e geolocalização (por meio da companhia de celular, você pode obter as informações de onde aquela pessoa estava, com quem

ela estava falando, a lista de contatos e pode-se montar um verdadeiro dossiê digital). O expositor pontua que não dá para evitar o uso da criptografia por decreto. Os órgãos de segurança pública têm que estar preparados para esse cenário. Sobre uso de metadados, a internet deixa rastros (com quem o usuário falou, por quanto tempo, quantos dados foram transmitidos). Há uma riqueza de dados que podem ser explorados pelos órgãos policiais para que continuem a fazer um bom trabalho. O expositor conclui que não há solução simples para isso. Qualquer decisão terá consequências seríssimas. O Relatório do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas afirma que a criptografia possibilita que indivíduos exerçam seus direitos, a liberdade de expressão e opinião. Isso é importante em um momento no qual nações interferem no processo democrático de outras nações, como nós vimos recentemente nos Estados Unidos e França. Nada impede que isso ocorra no Brasil.

Espaço dialogal

Ministro Fachin

Pergunta de Vladimir Aras para Brian Acton: o WhatsApp não tem nenhuma relação jurídica ou contratual com o Facebook? O WhatsApp colabora com autoridades americanas (FBI) para coleta de dados e metadados? Pergunta do Ministério Público Federal para Brian Acton: é possível a utilização da técnica *men in the middle* com a troca das chaves para os alvos individuais sem interferir na criptografia dos demais usuários? Pergunta da Dra. Fernanda Teixeira Souza Domingos (MPF) para Brian Acton: como o WhatsApp identifica mídias para melhorar desempenho (e entregá-las de forma mais eficaz) e para guardá-las no WhatsApp por mais tempo? Pergunta de Vladimir Aras para Bruno Magrani (Facebook): se os dados e a empresa estão na Irlanda, de que serviria o tratado citado, que é entre Brasil e Estados Unidos? Pergunta do STF a todos os palestrantes: quais são os crimes que exigem esse tipo de investigação? É possível listá-los? Qual a utilidade do uso de técnicas de *big data* e outras técnicas de coleta de dados para investigação desses crimes? A criptografia ponta-a-ponta é legal em outros países? Como as empresas de tecnologia têm enfrentado o desafio regulatório em diversas jurisdições? Caso haja ordem de autoridade estrangeira para entrega de informações, qual o grau de risco a que se expõem os usuários de outros países? É possível medir o impacto de adesão de outros países que peçam acesso aos dados? Qual é o significado de "ter atuação no país"? Do que os aplicativos precisam para funcionar no país? Apenas estrutura de rede?

Como funciona o processamento das ordens de requisição de informação pelo WhatsApp? É possível expor esses dados aos órgãos de segurança? É possível deixar que o governo participe do processo de seleção de dados sob supervisão da empresa?

Departamento de Polícia Federal (Marco Aurélio de Macedo Coelho)

Crime que exige esse tipo de investigação é, por exemplo, extorsão mediante sequestro. Os bloqueios de WhatsApp foram feitos em quatro situações: pornografia infantil, crime organizado, tráfico de drogas e tráfico de armas. Os crimes são planejados e organizados por meio de aplicativos mensageiros.

Departamento de Polícia Federal (Felipe Alcântara de Barros Leal)

Aqui se fala de privacidade, mas por meio do WhatsApp há diversos crimes contra a honra. São crimes mais afeitos à justiça estadual.

Departamento de Polícia Federal (Marco Aurélio de Macedo Coelho)

Big data é sistema de extração de dados em fontes abertas. É forma de organização para interpretação. A partir do *big data* não se obtém nada de fonte criptografada. O *big data* não é solução para esse tipo de problema.

WhatsApp Inc. (Brian Acton)

Foram várias perguntas direcionadas e tentará responder a todas. A primeira foi se o WhatsApp coopera com autoridades americanas. O WhatsApp criou uma equipe para trabalhar com as organizações do mundo e trabalha junto com a polícia para gerar dados. Algumas dessas entregas são legais nos Estados Unidos e honra-se o que está de acordo com a legislação americana. A equipe do WhatsApp está equipada para lidar com solicitações de todo o mundo. Possui, inclusive, equipe que fala português do Brasil. Será possível utilizar o método de homem do meio (*men in the middle*)? É preciso compreender que qualquer pessoa tem muitas conversas com muitas outras pessoas. Então, as chaves envolveriam muita gente. Seria preciso falsificação dupla com outra chave para cada lado. É claro que na verificação do código apareceria notificação de alerta. Alguns disseram que as pessoas não percebem isso. Isso não é verdade. As pessoas estão aprendendo a se tornar sofisticadas. Se tivermos cinquenta conversas, uma das cinquenta pessoas pode perceber que tem algo errado. Em termo de um para um, isso poderia funcionar, mas o WhatsApp tem

conversa de grupo e com muita gente. Não seria meio eficiente. Se o alvo soubesse que está sendo monitorado, colocaria em risco a vida de muitos policiais. Seria possível a identificação de mensagem com mídia? No nosso sistema, sabemos se a mensagem contém imagem, vídeo ou áudio de forma anônima. Com relação ao conteúdo, é sempre criptografado e não podemos identificar. Apenas verificamos se ele é baixado muitas vezes. Mas não dá para ver o conteúdo.

[Ministério Público pede a palavra e diz que Acton não respondeu sobre o tipo de relação jurídica entre WhatsApp e Facebook. Ministro Fachin observa que as repostas não são obrigatórias].

Membro do Ministério Público indicado pelo Procurador-Geral da República

Não se pode fazer lista de delitos porque qualquer crime pode ter sua prova em meios digitais. Chama atenção a situações, por exemplo, de organizações criminosas dentro e fora das unidades prisionais e afirma que isso gera dificuldade na segurança pública e segurança de direitos. Basta lembrar que houve crime com transmissão do WhatsApp para o estado da Paraíba, onde jovem acompanhava a transmissão. Quando se olha para o terrorismo, vê-se a forma mais relevante. Há outros casos de cibercriminalidade, como pedofilia. Haveria grau de risco para outros países? Na cooperação internacional, há uma série de preocupação com direitos humanos. Temos, no Brasil, garantia de direitos fundamentais do investigado.

Membro do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República

Em relação aos outros países, todos têm o mesmo problema. Houve manifestação do Parlamento Inglês no ataque terrorista recente em show.

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)

Existem duas entidades que controlam e processam os dados dos usuários. A primeira é o Facebook Inc., que fica nos Estados Unidos, e a segunda é o Facebook Irlanda. Pedidos feitos a essas entidades serão respondidos a partir do acordo de cooperação entre Brasil e Estados Unidos. Antes de trabalhar no Facebook, o expositor trabalhou dez anos com regulação. A grande discussão que veio com a internet é seu alcance global. Se pensarmos que o Facebook está em cento e noventa países e se pensarmos na regulação, isso mostra o problema que é colocado. Nossa interpretação é a de que acordos de cooperação, práticas existentes e o Marco Civil da Internet têm

apontado no sentido do encaminhamento das requisições para as entidades que protegem esses dados. Sobre a legalidade de criptografia ponta-a-ponta, até onde sabe, não existe país que tenha legislado pela ilegalidade da criptografia. O STF é uma das primeiras cortes que se debruça nessa questão. Qual o risco envolvido quando há requisição de dados de autoridade estrangeira? Todas as requisições têm escrutínio enorme para analisar o devido processo legal naquele caso. Sobre relação contratual entre Facebook Brasil e WhatsApp: Facebook Brasil é empresa brasileira constituída sob leis brasileiras e seu objeto social é venda de espaços publicitários; o Facebook Brasil não controla dados. Recentemente foi feita atualização dos termos de uso do WhatsApp. Se o WhatsApp quer compartilhar dados com Facebook (ou qualquer outra empresa), os termos de uso devem permitir. Isso foi feito.

Ministra Rosa Weber

Quando se referiu que, em 2016, o Facebook recebeu 3.500 requisições, o expositor Magrani sabe dizer se foram referentes a metadados ou conteúdo?

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)

Não tem esses dados no momento.

Ministra Rosa Weber

Essas requisições são examinadas pelo setor jurídico?

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)

Uma equipe faz um escrutínio de acordo com devido processo legal e lei aplicável.

Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Expositor: Demi Getschko)

Na área de informática, temos um pêndulo: ou as coisas são centralizadas ou estão na mão do usuário. A internet teve sucesso porque se mantém leve (suas senhas estão no equipamento da ponta). Os usuários detêm os dados que facilitam a investigação. O Marco Civil da Internet defende neutralidade de rede (em risco hoje em vários lugares do mundo), proteção à privacidade do usuário (coleta de dados são efetuadas apenas relativamente a cada contexto), responsabilização adequada da cadeia. Termina com pergunta: se alguém insiste em coletar dados fora do contexto, há sanções? Entende que a suspensão de serviço é somente para preservar a privacidade. A suspensão ligada ao não atendimento de ordem judicial existia antes do Marco

Civil da Internet e não é a isso que a suspensão se refere. Marco Civil da Internet trouxe informações sobre internet e não sobre cumprimento de ordens judiciais.

Prof. Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma)

Sobre a experiência internacional, de fato, como Magrani disse, nenhum país proibiu a criptografia. Nos anos noventa, os Estados Unidos pressionaram para viabilizar interceptação. Cansaram de insistir e ficou por isso mesmo. Este ano teremos discussão séria nos Estados Unidos sobre o assunto. Mecanismos de interceptação reduzem a segurança. É preciso ver se estamos dispostos a pagar esse preço.

Polícia Federal (Marco Aurélio)

Destaca a importância da criptografia, mas afirma que a proteção não pode se estender aos criminosos.

WhatsApp (Brian Acton)

Sendo breve, responderá sobre a relação entre Facebook e WhatsApp. WhatsApp mantém equipe para resposta às autoridades judiciais. Outros funcionários do Facebook não têm acesso e não podem responder essa requisição. São separados para responder requisições da polícia. A criptografia ponta-a-ponta é a melhor e mais segura e protege todo o mundo do mesmo jeito.

Membro do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Fernanda Teixeira Souza Domingos)

Gostaria de ressaltar sobre atuação no país: o Marco Civil da Internet diz que a empresa que não tenha sede ou filial no país estaria sujeita à jurisdição brasileira. Entendemos que o WhatsApp faz parte do grupo econômico do Facebook. Essas sanções são importantes porque, com a internet, qualquer aplicativo do mundo pode prestar serviços que poderão ser utilizados de forma ilegal. Precisamos de cooperação internacional, mas, às vezes, não há eficácia. A única sanção é a prevista no Marco Civil.

Membro do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Neide Mara C. Cardoso de Oliveira)

O Ministério Público não é contra a criptografia. Aqui se fala em investigações apesar da criptografia. O que não pode acontecer é que empresas não permitam que os órgãos de persecução penal combatam a criminalidade.

Membro do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Vladimir Barros Aras)

Esse tema não é de cooperação internacional, mas de cumprimento do Marco Civil da Internet. O art. 12 impõe sanções mediante devido processo legal que sirvam para a proteção de todos e não para a proteção de criminosos por mecanismos criados por homens (e que, portanto, podem ser modificados). A ideia não é tornar ilegal a criptografia, mas não podemos considerar a possibilidade de paraísos digitais em que a justiça mande menos do que corporações globais.

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani)

Concorda com Ministério Público sobre a importância da criptografia. O Facebook cumpre com a lei brasileira no modelo de cooperação. É debate infundável na comunidade acadêmica. Quer ressaltar ponto do Prof. Demi sobre possibilidade de suspensão de empresas. Essa suspensão se refere apenas ao tratamento de dados pessoais. Não se relaciona à suspensão dos serviços como um todo.

Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Expositor: Demi Getschko)

O tema é alvo móvel. Certamente, uma nova ruptura vem vindo com *Block Chanel* (sistema de confiança na rede). Se começarmos a amarrar as coisas na rede no que tange a negócios, por exemplo, podemos empurrar o usuário para o *bit coin*. Houve projeto de lei dizendo que correio eletrônico deveria garantir a identidade do emissor. Esse tipo de coisa não resolveria nada, mas empurraria para fora do país o fornecimento de correio eletrônico.

Prof. Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma)

Criptografia é muito geral. Existem diversos tipos. Ser a favor ou contra não faz muito sentido. Criptografia com segurança de fim-a-fim é incompatível com monitoramento legal, que diminui a segurança como um todo (o nível dessa diminuição é objeto de debate). O Prof. Demi foi feliz. É impossível prever o futuro. Não devemos tentar simplificar. É preciso examinar todas as consequências.

PARTE II – 02/06/2017

Professor Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp)

Sua área é a de projeto de criptografia. A criptografia considera diferentes objetivos de segurança. O adversário é um agente abstrato. A criptografia está em todo lugar, seja no acesso de sistema bancário ou sistema de comunicação. Dizem que é área difícil porque envolve matemática e tem série de premissas para funcionar a contento. É preciso regime jurídico que não seja hostil à criptografia. Ponta-a-ponta é sistema que possibilita que uma mensagem somente possa ser lida nas pontas. Qualquer terceiro é visto como adversário – inclusive quem projeta é adversário. Criptografia ou encriptação ponta-a-ponta já é utilizada há séculos, mas nos anos 90 começou a ser utilizada em larga escala. Hoje é utilizada para mensagens. O pano de fundo, portanto, não é encriptação ponta-a-ponta, mas encriptação entre humanos. É técnica de preservação da privacidade. Mas humanos são seres sociais e trocam às vezes sua privacidade para ganhar alguma coisa. Uma definição de privacidade deve ser entendida como possibilidade de controlar informação pessoal. Privacidade não significa apenas manter segredos, mas, fundamentalmente, trata-se de controle. Como tal, é conceito em transformação. Snowden disse que abrir mão de sua privacidade por não ter nada a esconder equivale a abrir mão de sua liberdade de expressão por não se ter nada a falar. Privacidade não é sobre segredo, mas sobre controle. Coloca-se privacidade em oposição à segurança. Na verdade, troca-se privacidade por falsa segurança. Privacidade e segurança se complementam. Técnicas de privacidade são incrementadas com mecanismos de segurança. Hoje vivemos num mundo de coleta de dados. Como separar informação que de fato é útil? A primeira alternativa seria banir encriptação forte. O problema é que a humanidade já aprendeu essa técnica. Não dá para criminalizar parte da matemática. Isso teria forte efeito na liberdade de programar e limitaria a prática de segurança de informação. Nesse caso, o foco passa ser penalizar as ferramentas e não os criminosos. Encriptação forte está à disposição de Estados e de criminosos. Encriptação é diferente de química, não dá para controlar o acesso aos elementos como se faz em relação a uma bomba. Essa alternativa é radical. A segunda alternativa seria o chamado acesso exclusivo especial (porta dos fundos ou *backdoor*). A ideia é inserir falha intencional, mas que, necessariamente, torna os sistemas mais complexos. Seria preciso se

preocupar com essa falha intencional. Também há obstáculos do ponto de vista logístico e de processo. Além disso, o operador tem que proteger a porta dos fundos dos seus funcionários. Também, como garantir que outros governos menos democráticos aproveitem dessa porta? Esse mesmo conceito se aplica à troca de chave de um destinatário. Esse terceiro detentor da chave poderia interferir inclusive anexando mensagens ou alterando conteúdo. Isso fragiliza o sistema. Autoridades dizem que são a favor de encriptação, mas que precisaria haver harmonização com segurança. Esse é meio termo mítico. Particularmente, o palestrante acredita que a internet já é insegura o suficiente. Alguns fazem relação com grampo telefônico. Telefone é inseguro e basta acesso físico. Comunicação digital e telefonia têm natureza distinta. Grampos e técnicas de criptografia são muito distintos. Sistemas complexos como esses não existem no vácuo e colocam em risco outros agentes. Exemplo: quem luta em regimes não democráticos, advogados e seus clientes, fontes de jornalistas investigativos, delatores de ações maliciosas dentro de empresas. Por mais que os alvos sejam criminosos, os efeitos se dão em toda sociedade. Poderíamos pensar em alternativa mais sutil com incentivo para que empresas que sabotam seus produtos possam prosperar. Essa é a perspectiva menos intrusiva, mas impõe limites a sistemas que podem ser projetados. Por exemplo, a Polícia Federal determina que as senhas tenham no máximo quatro caracteres. Isso seria pernicioso à comunidade técnica do país e faria preservar técnicas de investigação obsoleta que alimentam o mercado com segurança artificial. Criptografia é uma área difícil e não deveríamos trabalhar para ficar mais insegura. A escolha não é entre privacidade e segurança, mas entre vigilância e segurança. Mesmo assim vejo oportunidades valiosas aqui: modernizar o aparato investigativo (por exemplo, na análise de metadados); obter cópia de segurança de mensagens às claras que estão na nuvem; apreensão de equipamentos que estão nas pontas e que contêm a íntegra dessas mensagens, infiltração de policiais. A sociedade deve se adaptar à criptografia forte porque ela é inexorável. Responderá às perguntas feitas pela Corte. Seria possível interceptar? Tecnicamente, sim, mas isso interfere no projeto e viola objetivos de segurança originais. A troca da chave pública seria detectável por usuário com boas práticas de segurança. Isso abre risco para alteração de conteúdo. Ademais, introduzir conteúdo fragiliza a interceptação como meio de prova. Tecnicamente seria possível desabilitar a criptografia de um usuário específico? Isso equivaleria a empresa sabotar seus próprios objetivos. Seria possível espelhar num terceiro equipamento? Precisaria de autorização explícita de uma das

pontas comunicantes. Se você tem acesso a um dos dispositivos, faria mais sentido investigar o dispositivo em si.

Professor Marcos Antônio Simplicio Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP)

É professor da escola politécnica da USP e especialista em criptografia. Trabalha na área há dez anos. O foco dessa apresentação é técnico e científico: o que pode ser feito e as consequências. A abordagem do palestrante é que segurança da informação não passa de ferramenta. Nesse sentido, é fácil entender que o Ministério Público queira coibir abusos. Todavia, há duas condições para coibir abusos: a solução deve ser eficaz e equilibrada (deve trazer mais benefícios que malefícios). A apresentação será feita em perguntas e respostas. O raciocínio parte das seguintes premissas: o protocolo Signal é usado pelo WhatsApp. A comunidade científica fez várias auditorias e pode-se afirmar que o WhatsApp usa esse protocolo. Também, não há nenhuma porta dos fundos no aplicativo conforme análise da comunidade científica. Dadas essas premissas, o servidor do WhatsApp consegue ver conteúdo? A resposta é não. Por uma razão simples. A ideia mais fácil é entender que a chave pública é um cadeado e só quem detém a chave privada no seu celular consegue abrir esse cadeado. Se A conversa com B, cada um gera uma chave e um cadeado que somente será aberto com a chave correspondente (por exemplo, uma chave vermelha). Uma tentativa de ataque seria achar a chave correta. A ideia de criptografia forte é que isso não pode ser feito. Mesmo com um bilhão de supercomputadores você levaria milênios para recuperar uma chave. Podem-se ver mensagens futuras? Pode-se fazer um ataque de homem no meio. Tecnicamente é um potencial jeito de recuperar as mensagens. Como é o WhatsApp que indica qual é a chave de B, nada impede que o WhatsApp entregue chave errada. A ideia de homem no meio é entregar a chave errada sendo que o WhatsApp saberia a chave correta. O sujeito A pode mandar mensagem e o WhatsApp consegue abrir e depois mandar para B. Não é impossível. O problema todo é que você está introduzindo vulnerabilidade detectável. É meio complicado você esperar que alguém que saiba que está sendo monitorado continue ato ilícito pelo aplicativo. Será detectável o "homem no meio"? Se o usuário é descuidado, dá para enganar a pessoa. O único problema é que isso força os usuários a se cuidarem. Alguém pode desenvolver um programa para avisar da

vulnerabilidade. Por exemplo, no começo da internet, não existia antivírus. Hoje todo mundo usa porque entende que é importante. Criminosos são usuários proficientes. O WhatsApp pode trocar a chave de certo usuário – isso não é tecnicamente impossível. Mas isso funcionaria pouco tempo porque os cientistas ou outras pessoas que fazem o escrutínio colocariam isso na mídia. Um jeito extremamente simples de descobrir homem no meio é ter programa que verifique que as chaves estão erradas e um aplicativo faria o alerta. Seria fácil para qualquer pessoa descobrir que haveria problemas. Haveria alternativas de utilização de outros mensageiros que teriam criptografia forte. Se você tem fone grampeado, obviamente, você não o usa. Vai para outro. Se o WhatsApp tem porta dos fundos, basta utilizar outro mensageiro. Mesmo considerando o ataque homem no meio, há dano à concorrência, pois outros aplicativos são seguros. Outra alternativa é forçar todos os aplicativos do mundo a terem porta dos fundos. Não dá para fazer isso. A criptografia é conhecimento humano e não dá para impedir a sua utilização – seria como impedir a utilização de área da matemática. É fácil de desenvolver um aplicativo de criptografia. Na Escola Politécnica da USP há trabalhos de conclusão de curso apresentando projetos na área. Então, a proibição não teria benefício real para justiça. Tudo está perdido? Não. Existem formas de, a despeito da criptografia forte, obter informações relevantes. No caso do uso de metadados (origem, destino, horário e tamanho de arquivos), algumas informações cruzadas permitiriam informações interessantes (não conteúdo) que poderiam ser extraídas mesmo com criptografia forte. Esse benefício é real. Uma segunda alternativa é o acesso aos dados independentemente do canal de comunicação (obter dados que não estão na comunicação cifrada). Poderiam ser obtidos na nuvem, que, por razões técnicas, não tem criptografia. A nuvem é protegida por senha pela razão de que, se fosse criptografada, a chave ficaria no celular e, se você perdesse o celular, não teria como recuperar o *backup*. Então, dados em nuvem são úteis para investigação criminal. A Apple colabora nesses casos com a justiça americana. Outra maneira é invadir o próprio celular. Na memória do celular, em geral, ficam os dados em aberto e é possível extrair mensagens às claras. O WhatsApp tem colaborado com metadados. Também dá para usar sistema de *backup* com frequência (até para evitar o *WannaCry*). É tendência que aumentem esses *backups*. Já o acesso à memória do celular tem duas abordagens: porta dos fundos em aplicativos ou técnicas de invasão de dispositivos. Tecnicamente não seria difícil incluir porta dos fundos em aplicativos como de bancos, por exemplo. Não é tão eficaz porque é detectável.

A alternativa que de fato faz sentido é tentar investir em técnicas de invasão de dispositivos. A CIA faz isso, mas exige capacitação técnica e investimento. Mas temos que investir porque os criminosos têm acesso à tecnologia de ponta. Não é eficiente barrar o acesso do usuário. Finaliza resumindo que criar uma porta dos fundos é má ideia, por conta do ponto de vista de eficácia. Proibir a criptografia é inviável, pois não dá para fazer isso para todos os aplicativos. O eficiente parece obter metadados e dados abertos nos aparelhos das pontas ou nas nuvens.

Insper (Expositor: Renato Muller da Silva Opice Blum)

Registra a evolução desse Tribunal em promover esse tipo de discussão inédita no mundo inteiro. Vivemos num mundo em que a tecnologia avança mais rápido do que a nossa percepção de conhecimento. O expositor não se restringirá ao WhatsApp e fará referência a qualquer tipo de aplicação relacionada a comunicações ou qualquer outro tipo de ação ou manifestação. Muita gente questionou, no primeiro bloqueio, que o seu meio de negócio ficaria prejudicado. Também, muita gente ficou surpresa com os termos de uso: será que não posso utilizar o WhatsApp para fins comerciais? Hoje carecemos de educação digital (e o palestrante se inclui nisso) em todos os setores. Não dá mais tempo para acompanhar. Por isso, elogia esse debate. Propõe inversão: as duas ações discutem o bloqueio, mas e se o controlador do WhatsApp resolvesse desligar o aplicativo? A maioria dos controladores não está no Brasil. Do dia para noite, o controlador (que tem o código e detém o poder) pode resolver desligar o aplicativo. Qual seria o amparo legal para impedir uma questão dessa? A internet retirou as fronteiras. No direito é fácil, aplica-se a lei daqui. É fácil conseguir uma ordem judicial para isso, mas o problema está no *enforcement*, na execução, na efetividade. O expositor não veio defender o bloqueio, mas trazer considerações referentes ao equilíbrio. Ele não viu solução efetiva até agora: o que pode ser feito por parte das aplicações e quem pode fazer isso. Não podemos ter uma situação em que a lei não vai se aplicar. Talvez o caminho seja o de tratados e convenções internacionais. Vamos fazer separação. Em primeiro lugar, não estamos falando em aplicações ilegais. Tivemos no Brasil aplicativos que forneciam aplicações ilegais e foram proibidos. O Judiciário brasileiro é rápido e, às vezes, decisões no Brasil são copiadas. Ninguém fala em censura quando se fala em criptografia, mas temos um inimigo chamado tempo. Sempre a vítima estará atrasada, pois toma conhecimento da situação com atraso. Esse tempo é definidor da possibilidade de minimizar os impactos

de alguma atividade ilícita. Falamos aqui da difamação – uma situação falsa pode parecer verdadeira com facilidade, utilizando as redes sociais. Nós temos que também tratar de um mínimo de ação efetiva de *compliance*. Se a lei brasileira diz que aquela atividade deve se submeter às leis brasileiras, assim tem que ser. Se diz que preciso guardar o IP por seis meses, é preciso fazer isso. Não há maiores questões. Temos outras situações curiosas em relação ao conteúdo em si. Direitos autorais, por exemplo, ou questão da pornografia infantil (a lei brasileira evoluiu e trouxe responsabilidade para quem acessa e armazena). Saiu precedente em tribunal inglês atribuindo valor às duas barras azuis no WhatsApp – a pessoa teve ciência ao conteúdo. A criptografia tem que ser usada sem dúvida nenhuma. Chamamos isso de diligência. Mas é possível problematizar. Se realmente existir uma porta, por que não adotar camadas de criptografia nessa hipotética porta? A empresa estaria cada vez mais em *compliance* (adotando diligência). Algumas alternativas foram colocadas e encerra com três questões e um caso. O caso FBI *versus* Apple, em que houve necessidade de analisar conteúdo de *smartphone* da Apple que tem criptografia forte. O FBI tentou fazer com que o fabricante mudasse a programação. Mesmo com ordem judicial, a Apple disse que não poderia fazer. Sob o argumento da proteção à segurança, que é muito importante, outras pessoas foram lá e quebraram. Aquilo que algumas pessoas dizem ser intransponível, eu questiono, será tão intransponível assim? Mas, para chegar no ponto crucial novamente: discutiu-se hoje esta circunstância que impacta no mercado legal e nas nossas atividades. Em breve, 50% das atividades humanas poderão ser substituídas por robô. Em 2029, serão 70%. A certeza é que a legislação tem que acompanhar, mas vem com série de impropriedades. Hoje a parte mais crítica é a efetividade por conta da extraterritorialidade. Esse caos digital em que vivemos, usamos e dependemos... É preciso educação digital para toda a sociedade. Com isso se evitaria uma série de consequências nefastas. Algumas comparações com Europa: em 2018 terão sistema único de proteção (DPDI). Diversos países já bloquearam aplicativos. A Diretiva Europeia 29 diz que os Estados podem pedir medida de bloqueio (injunção). A Diretiva 93 de 2011 dispõe medidas contra sítio de internet de pornografia infantil. O Conselho da Europa (que não é União europeia) tem a convenção de Budapeste. Outro registro da União Europeia diz que provedores de acesso podem ser chamados a bloquear acesso naqueles locais em que atividades ilícitas ocorrem. Fala de proporcionalidade. O tema trata de direitos fundamentais. Fala-se aqui de proteção de privacidade e intimidade. Dentro dessa questão há algo mais importante,

que é o art. 1.º da Constituição, que trata da proteção da dignidade da pessoa humana. Para encerrar, aborda práticas mostrando o comportamento dos usuários e consequências. Contrato de compra e venda foi comprovado por mensagens trocadas via WhatsApp. Empresa foi condenada por não investigar acesso de funcionário a conteúdos impróprios. Isso tem a ver com diligência (melhores esforços para garantir obrigação legal). Fala de multa pelo descumprimento do dever de diligência.

Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional (Expositor: Fábio Wladimir Monteiro Maia)

Traz a visão dos construtores de sistemas e sua fala será repetitiva em alguns pontos. No terreno técnico e científico, o tema é uma não polêmica. A polêmica acontece apenas nos campos jurídico, político e filosófico. Como são operacionalizados os serviços de conexão e acesso? Quando trocamos dados, não apenas o conteúdo, mas informações de controle também trafegam. Os equipamentos precisam de informação de controle para roteamento. Precisam de número de telefone e IP, por exemplo. Esses são os chamados metadados que são invisíveis ao usuário. Outra pergunta: como se processam, coletam, armazenam e quem guarda os dados? Infelizmente não existe resposta única; isso varia de um provedor para outro e, às vezes, de uma aplicação para outra no mesmo provedor. Por exemplo, na aplicação de rede social, faz parte da essência do serviço guardar dados pessoais. Por sua vez, o Skype coleta poucas informações sobre o usuário. Esse processo de tratamento e guarda é feito em segundo plano entre os sistemas de retaguarda. Poderiam ser suspensos sem prejuízo do serviço básico. Sobre a ADPF 403, quer realçar que criptografia pode ter vários escopos e não atingir todos os dados. Pode ter criptografia que protege somente o conteúdo do usuário (por exemplo, criptografia do WhatsApp). Há criptografia que protege as informações de controle; outras protegem tudo – exemplo disso são os VPN's e também o sistema de navegação anônimo Thor, que roda na *dark web*. O que é criptografia ponta-a-ponta do WhatsApp? Somente algumas coisas mais básicas se conseguem explicar aqui porque é algo muito complexo. Refere-se à criptografia do usuário (por isso, "ponta-a-ponta"). A criptografia pode ser utilizada cumulativamente em camadas. Outro ponto, o WhatsApp gera chave única e diferente de encriptação. Essas chaves não deixam os aparelhos dos usuários e não passam pelos provedores do WhatsApp. É possível interceptar com a criptografia ativada? Não, pois os servidores não têm acesso à encriptação. O WhatsApp utiliza

diversas chaves e técnicas amadurecidas ao longo do tempo. Se alguém tentar decifrar por tentativa e erro, levará literalmente bilhões de anos. É possível fazer o espelhamento para um agente da lei? A resposta é não (pelo menos como o protocolo está implementado hoje). O WhatsApp utiliza o Signal, que não tem essa funcionalidade. Em tese, daria para fazer, mas são alterações não triviais e complexas. A pergunta mais importante não é se seria possível alterar. A pergunta seria se deveríamos fazer isso. A resposta é não, porque seria má prática de segurança ao permitir contornar a segurança do sistema (inserir porta dos fundos). Ao implementar isso, há uma porta que não fica aberta a todos – há uma chave mestra de acesso, que tem que ficar em repositório segura, pois é valiosa. A probabilidade de se manter essa chave segura é muito remota. Há inúmeros exemplos de informação sensível que foram vazadas dos governos. A CIA não é capaz de manter suas informações fora do alcance de pessoas não autorizadas. A NSA, que tem status quase mítico e é o maior empregador de especialistas em segurança do mundo, não foi capaz de manter segurança. Um exemplo foi o *WannaCry* – tem por base ferramenta desenvolvida pela NSA e foi vazada para o público. Então, haverá prejuízo com porta dos fundos. Isso é consenso. Vamos ganhar alguma recompensa com a perda de segurança? Não, porque há diversas ferramentas de criptografia e basta migrar para outros aplicativos. O bloqueio de todos os aplicativos requer controle no nível da China. Então, os criminosos migram para outras aplicações. No entanto, a justiça não está de mãos amarradas, pois a tecnologia tira com uma mão e dá com outra. Há novas técnicas que analisam dados brutos como metadados. Por meio de mineração de dados, você pode construir toda a cadeia de rede de criminosos, usando inteligência artificial. Você pode analisar evolução no tempo e correlacionar com eventos criminais específicos. É inacreditável o que se pode coletar com metadados. Por isso o Marco Civil os protege.

Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia (Expositor: Dennys Marcelo Antonialli)

A InternetLab é associação sem fins lucrativos que se dedica à área de direito. O primeiro objetivo, aqui, é oferecer dados sobre os bloqueios de aplicativos. O segundo momento trata dos fundamentos que baseiam o descumprimento de mandamentos judiciais. Uma pesquisa reuniu casos de bloqueio e os números foram colocados na plataforma bloqueios.info. Foram 11 casos de bloqueios. O primeiro

caso ocorreu em 2007 e envolveu vídeo de Daniela Cicarelli para o YouTube. Isso aconteceu 11 anos antes do Marco Civil – a decisão foi com base no poder geral de cautela do juiz. Olhando para os 11 casos, vemos dois tipos de fundamentação. O primeiro tipo de fundamentação é o que diz que dada aplicação viola o ordenamento jurídico brasileiro – por exemplo, Secret, Uber, Tube (exposição de informações sensíveis sobre mulheres) e Tudo Sobre Todos. Nesses casos, a atividade fim era incompatível com o ordenamento brasileiro. Esses bloqueios são constitucionais. Há um segundo tipo de bloqueio: quando há descumprimento de ordem judicial. Nesse caso, as ordens se destinavam a bloquear aplicativos de atividades lícitas. Esses são a maioria dos casos: sete deles, sendo que cinco dos sete bloqueios foram determinados nos últimos dois anos. No caso desse tipo de bloqueio, existem outras medidas menos gravosas e tão eficazes, como imposição de astreintes. Esse tipo de bloqueio deve ser considerado inconstitucional. O segundo objetivo dessa fala é explorar os argumentos que fundamentam o descumprimento de ordens judiciais. O primeiro é de natureza técnica da criptografia de ponta-a-ponta. Quero pontuar três aspectos. O primeiro deles é que não estamos tratando sobre contraposição entre privacidade e segurança, mas entre segurança *versus* segurança, uma vez que a criptografia foi pensada e projetada para tornar os sistemas mais seguros. A criptografia visa coibir crimes que derivam de sistemas inseguros. Em segundo lugar, não há óbice na legislação brasileira de implementação de criptografia forte. Não existem normas que obriguem os projetos a inserir porta dos fundos. Por fim, nos termos da ADI e ADPF, não seria papel desta Corte decidir sobre essa tecnologia. A ADI se refere à análise do Marco Civil e a ADPF se refere ao bloqueio do WhatsApp apenas. O segundo argumento tem natureza jurídica e se resume em conflito de jurisdição. O Marco Civil, em seu art. 11, estende a jurisdição, no caso em que um dispositivo esteja em território nacional, para as pessoas jurídicas que tenham sede no exterior e prestem serviços no Brasil. O Marco Civil cria casos de aplicação extraterritorial da legislação brasileira. Ocorre, entretanto, que essas empresas estão submetidas a outras legislações. Nos Estados Unidos, a legislação proíbe que empresas estadunidenses entreguem conteúdo de comunicação a entidades estrangeiras. Essa proibição se aplica a conteúdo e não a metadados. Esse conflito de jurisdição não é insolúvel e pode ser resolvido por acordos internacionais de cooperação judiciária. Esses acordos foram idealizados para que as autoridades de ambos os países cooperassem. O Decreto 3810/2001 é o acordo entre Brasil e Estados Unidos e estabelece os

procedimentos para que se tenha ordem judicial emanada pelo governo americano – vale para o WhatsApp, por exemplo. Essa é a via menos gravosa imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esse modelo é deficiente porque é burocrático e moroso. É importante engajamento para reformar esse modelo. Conclusões: primeiro, existem tipos diferentes de bloqueios que derivam de razões distintas. Segundo, há bloqueios constitucionais e inconstitucionais – no primeiro caso, o aplicativo é destinado à atividade ilícita. No caso do WhatsApp, trata-se de sanções que são inconstitucionais e que impedem o acesso do brasileiro ao exercício de direitos. Existem outras medidas menos gravosas. Terceiro, a utilização dos acordos é a medida mais adequada para se perseguir esse fim.

Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio – (Expositor: Ronaldo Lemos da Silva Júnior)

Falará como professor da UERJ e do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro. É vice-presidente do Conselho de Comunicação Social. O tema é de imensa importância. O debate é sobre a constitucionalidade de bloqueio que interferiria na estrutura da rede. O WhatsApp é um dentre os vários aplicativos que já sofreu bloqueio técnico. Mais especificamente, estamos tratando dos limites de interpretação dos art. 10 a 12 do Marco Civil da Internet. Adianta a sua conclusão: o bloqueio de serviços na infraestrutura não encontra amparo legal nem no poder geral de cautela do juiz. A internet pode ser dividida em duas camadas: uma é a infraestrutura na qual há toda a estrutura técnica e, por cima, todos os serviços. O bloqueio não está no Marco Civil, pois viola múltiplos princípios fundamentais: comunicação, livre expressão, pessoalidade da pena e viola a Convenção Americana de Direitos Humanos. O juiz de primeira instância tem jurisdição para afetar toda a infraestrutura no Brasil, inclusive sem ouvir a outra parte? Seria teratologia que cada juiz de primeira instância tivesse jurisdição para atingir a infraestrutura de modo a atingir a todos os brasileiros. Seria uma chave mestra metafórica. A intervenção direta na infraestrutura da rede é de países totalitários. Essa situação seria inaceitável no Brasil. Corremos o risco de inovar (de forma negativa) no controle da internet. Veríamos o surgimento de modelo no qual cada juiz de primeira instância teria poder equivalente de órgãos centralizados de controle de países autoritários. Embora com razões diferentes, as consequências seriam as mesmas. Isso causa perplexidade. A infraestrutura da rede está imunizada pela Constituição. Nunca se ouviu falar de bloqueio de sistemas ou

de transportes. Somente seria justificada nos termos dos art. 137 e 139 da Constituição. Fora disso, ninguém tem o poder de interferir na infraestrutura pública. O artigo sétimo do Marco Civil dispõe que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania. Redes que dependem das nossas, quando há problemas, desviam delas (Argentina é assim). Se houver muitos bloqueios, ninguém vai querer passar para o Brasil. Não há amparo para essas intervenções. Demi (do CGI) falou do Decálogo. O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não provedores. Esse princípio resguarda a liberdade de comunicação e livre iniciativa. Para terminar, analisará os artigos 10, 11 e 12 do Marco Civil. Eles não autorizam esse tipo de bloqueio. São artigos que estão inseridos na sessão de proteção aos registros e surgiram a partir do caso Snowden. Estamos numa sociedade de vigilância. O Marco Civil restringiu a incidência do artigo 11 – ele se refere à coleta e guarda de registro. Lá não está escrito suspensão. São atividades que dizem respeito à coleta de dados que podem ser suspensas. Foi sanção não para proibir serviços, mas para proibir coleta de dados. O Marco Civil trouxe princípio da inimizabilidade das redes. É vedado monitorar conteúdo etc. Que tipo de antinomia haveria entre os artigos 9 e 12? Não tem antinomia. Dizem que esse princípio está na Convenção Americana de Direitos Humanos. No artigo 13, afirma-se que não se podem restringir os direitos de expressão por meios indiretos. É também princípio da inimizabilidade de terceiros. Falará rápido do tema da criptografia. A criptografia responde a momento da chamada "era de ouro da vigilância". É remédio para o fato de que todos estamos sob vigilância. A criptografia é essencial para promover direitos: comunicação entre jornalista e fonte; cliente e advogado; médico e pacientes. Como garantir a comunicação sigilosa do STF? Técnicas de *men in the middle* são técnicas de hackeamento. Solicita que seja declarada inconstitucional a possibilidade de se bloquear serviços a partir da infraestrutura do Brasil. Pede para ser resguardada a integridade da criptografia. O site itsrio.org.bloqueios disponibiliza diversos estudos sobre o tema.

Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Expositores: Maximiliano Salvadori Martinhão)

A discussão é técnica e jurídica. Hoje o Ministério sofreu fusão: é da ciência, tecnologia, inovações e comunicações. A estratégia digital é prioridade. O palestrante foi secretário de telecomunicação e coordenador do Comitê Gestor da Internet. Esteve nos Estados Unidos no tempo de Snowden. Questão fundamental é que o desenvolvimento da

economia na sociedade digital requer segurança. O primeiro ponto é assegurar respeito a direitos fundamentais: a privacidade, liberdade de expressão e direito à comunicação. Mas também é assegurar que, no momento em que você tenha que combater os ilícitos na rede, você tenha os mecanismos para tal. E isso gera desafio para o poder público em relação aos meios para apoiar investigação criminal no mundo digital. A opinião do palestrante em relação às ADIN e ADPF em comento: não entende que itens do Marcos Civil são inconstitucionais e tampouco entende que há ilegalidade no bloqueio das aplicações. É preciso analisar a razoabilidade e proporcionalidade dessas medidas. Entende que não é possível afastar do Judiciário o tratamento dessas questões. Se o Judiciário é chamado a tomar decisões, ele tem o dever, no nosso marco jurídico, de dar resposta a essa demanda. Entende que a decisão do juiz em promover o bloqueio faz parte do poder geral de cautela do juiz, mas ressalta que deva ser uma medida razoável e proporcional. Não acha que isso viola o direito de liberdade de expressão e comunicação porque existe grande número de alternativas aos aplicativos de comunicação. Entende que a legislação nacional é aplicável ao caso. O Marco Civil é claro ao afirmar que a legislação nacional é aplicável se os atos ocorrem em território nacional e se o serviço foi ofertado ao público brasileiro. É isso que está no Marco Civil da internet. Destaca que o Ministério participou das discussões que levaram à aprovação do Marco Civil da Internet e, em determinado momento desse processo, houve proposta de se criar obrigação de que o centro de dados do aplicativo estivesse em território nacional – seria obrigação legal. A disposição de que será aplicada a legislação brasileira se os atos acontecerem em território brasileiro e se forem direcionados a cidadãos brasileiros foi solução para que não houvesse obrigação de trazer centros de dados ao Brasil, o que poderia gerar mudança no ecossistema digital. Em relação à legalidade das requisições judiciais, isso está previsto no Marco Civil e também foi solução construída com todo o ecossistema nacional e internacional de internet. Há possibilidade de requisitar metadados, fluxo das comunicações e informações armazenadas. É questão complicada, mas se trata de tornar disponíveis informações sobre ilícitos, e parece bastante clara a possibilidade de sancionar dado aplicativo no caso de descumprimento de ordem judicial. É caso de fazer balanço de aplicativos dedicados a atividades ilícitas. Aplicativos como Lulu e Tudo Sobre Todos são passíveis de sofrer bloqueios. Nossa cultura aceita. A discussão é se é possível bloquear aplicativos não voltados a atividades ilícitas. No nosso entendimento, nos bloqueios (que têm

segredos de justiça), fala-se de descumprimento reiterado de ordens de requisição de informação por parte da justiça. Nesses casos, o dispositivo é constitucional, assim como as decisões judiciais. Isso tem impacto e é importante pensarmos nas externalidades negativas que são geradas para a economia e para o ecossistema digital. O palestrante trouxe informações do *Brooklin Institute*, que é *think tank* norte-americano, sobre atividades de bloqueios de internet. Há ranking que vai da Índia até Argélia que demonstra que bloqueios dessa natureza geram impacto econômico e de confiança. Existem meios para viabilizar acesso ao fluxo das comunicações armazenadas mesmo com criptografia (por exemplo, homem no meio). É possível acesso a informações que estão na nuvem; é possível trabalhos de inteligência remota e presencialmente, no caso de apreensão dos terminais. É possível incutir no equipamento vulnerabilidades que tragam acesso às informações daquele terminal objeto de uma investigação criminal autorizado pelo Poder Judiciário. As externalidades devem ser sopesadas para não levar à percepção generalizada de vulnerabilidades nas comunicações, e isso pode ser explorado por criminalidade cibernética. Um aspecto importante é que já existe grande conjunto de informações armazenadas por esses aplicativos. No caso particular do WhatsApp, nos termos de uso, o usuário é informado que coleta metadados, mas também é informado que essas informações serão enviadas aos órgãos jurisdicionais em caso de necessidade. Não é debate fácil e acontece no mundo todo, pois acontecem crimes com base nos meios digitais. O departamento das Nações Unidas fez estudo sobre o tema. A nossa visão é de que há um dever legal de que os aplicativos cooperem com o Poder Judiciário e com órgãos de investigação criminal. Na nossa visão, o acesso aos conteúdos criptografados deve ser reservado a circunstâncias extraordinárias e devem ser balanceados os riscos e benefícios desse acesso. Também deve ser considerado com cuidado o bloqueio de aplicativos como forma de sanção de descumprimento de ordem judicial, que deve acontecer somente em casos extremos. O palestrante trouxe um resumo de um relatório das Nações Unidas de 2009: a supervisão não deve ser o único meio de obtenção de provas para investigação de crimes, outros meios devem ser avaliados. Na opinião do palestrante, alguns parâmetros deveriam ser observados nesse caso (para acesso e para bloqueio): natureza e gravidade do crime, avaliação dos efeitos sociais negativos *versus* benefícios sociais da tutela jurisdicional, avaliação da efetividade da medida para os fins pretendidos, o nível da colaboração do aplicativo na produção de provas. Entende que é necessário avaliar a produção de provas por

outros meios e também usar e verificar se o aplicativo é utilizado preponderantemente para fins lícitos. É preciso aplicar a razoabilidade e proporcionalidade. Também é preciso falar que não está se referindo a impacto na integralidade da rede, pois quando foi necessário que as operadoras fizessem bloqueio a um aplicativo, não houve prejuízo aos demais usuários. Houve prejuízo em não usar aquela aplicação, mas não houve contaminação em todos os serviços da rede (contaminação sistêmica). Entende que, no caso concreto, os artigos do Marco Civil são constitucionais e o bloqueio é forma de assegurar a aplicação da lei (não é a melhor forma sempre e por isso deve ser sopesada). O bloqueio deve ser considerado meio de obtenção de provas. Principalmente diante do contexto da economia digital, é preciso confiança, mas medidas desse tipo devem ser proporcionais e adequadas.

Espaço dialogal

Ministro Fachin

Pede aos que sentirem vontade para deixarem claros conceitos técnicos, por exemplo, criptografia simétrica e assimétrica, *keys skroll* e *authenticated encryption*. Pede para que sejam respondidas as seguintes questões: Como hipótese, qual seria o custo-benefício de um programa que forneça acesso excepcional às comunicações? Quais medidas de segurança deveriam ser criadas, se possível, para o design de um programa de acesso excepcional? A possibilidade de diferenciação da mensagem enviada entre texto, imagem e áudio indica algum tipo de vulnerabilidade de um dado aplicativo? Todos esses metadados podem ser deslocados para órgãos de segurança? Se fosse garantido acesso excepcional aos órgãos de segurança pública, como seria possível fiscalizar os eventuais e respectivos protocolos de cooperação?

Ministra Rosa Weber

É possível implementar as sanções dos artigos dos incisos III e IV do art. 12 do Marco Civil de modo restritivo sem implicar a restrição total do serviço oferecido? Como seria possível implementar tecnicamente e assegurar o cumprimento desse comando sem a suspensão total do serviço, tendo presente que as sanções desses incisos correspondem a sanções temporárias que envolvam os atos previstos no art. 11 e a proibição do exercício dessas atividades, que são operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registro de dados pessoais ou de comunicações?

Professor Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp)

Criptografia simétrica é aquela que depende do compartilhamento de um segredo. O mesmo segredo precisa estar nas duas pontas da comunicação para que mensagens possa ser encriptadas e decriptadas corretamente. Isso é problema nas comunicações em distância. Como posso me comunicar com meu banco sendo que não estou próximo do banco? Nos anos 70, descobriu-se (e não se "inventou") um elemento da natureza que se chama criptografia assimétrica, em que existe um par de chaves de usuário: uma das chaves, que é a chave pública, e uma chave privada, que deve ser armazenada em segredo. Dessa forma, é possível encriptar uma mensagem de forma que apenas o usuário possa decriptar. Caso contrário, pode-se tentar resolver computacionalmente, o que levaria bilhões de anos levando em consideração todo o poder computacional disponível no mundo. O argumento que foi levantado é que o homem não é capaz de construir algo que ele não consegue desconstruir – isso não é verdade para a matemática. Cifração autenticada tem por objetivo permitir ao usuário detectar modificações na mensagem em trânsito. Assim ele pode deixar de confiar numa mensagem que está manipulada em algum dos pontos. *Keys kroll* ou custódia de chaves é maneira de implementar porta dos fundos na prática. É eufemismo para porta dos fundos, onde as chaves que são utilizadas para encriptação são obtidas por uma autoridade que detém o poder de decriptar ou injetar tráfego sob os usuários que utilizam aquele sistema. É outra forma de implementar porta dos fundos. O custo-benefício de acesso excepcional às comunicações do ponto de vista técnico é negativo. Ao se implementar mecanismo para interceptar mensagens cria-se a necessidade de proteger também esse mecanismo de acesso. Professor Renato tinha levantado a hipótese de proteção criptográfica para proteger essa porta dos fundos. Nesse caso, há exigência de proteção para esse novo mecanismo. Seria necessário mecanismo de proteção para proteção do mecanismo de proteção. Então, no fim das contas, o resultado é sistema menos seguro por projeto e não por falha acidental de implementação, por exemplo. Esse problema é insolúvel, pois aumenta a superfície de ataque. Mesmo a NSA teve suas proteções violadas. Metadados são registros de conexão e de acesso e não necessariamente registros que descrevam o conteúdo das mensagens. Sistemas que coletam menos metadados são sistemas mais seguros. Novamente reforço que deveríamos trabalhar em sistemas tão seguros como devem ser e não em sistemas tão seguros quanto os governos achem que devam ser.

Professor Marcos Antônio Simplicio Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP)

A relação custo benefício: necessariamente haverá sistema menos seguro. Digamos que seja aceitável. Ainda assim há dois custos. O primeiro é o fato de que usuários que de fato querem segurança abandonarão o sistema. O benefício a curto e médio prazo tendem a zero. As pessoas deixarão de usar. Os sistemas vão evoluindo e colocam facilidades para os usuários leigos se protegerem. Antigamente as pessoas não usavam antivírus, mas, quando notaram a insegurança, todo mundo passou a utilizar. Exemplo interessante do ponto de vista de leigos: todos os sistemas do Windows vêm com firewall que dificulta acesso a sua máquina de forma remota – vêm por padrão porque as pessoas que não se preocupavam com isso nem instalavam. Em suma, no caso de porta dos fundos, em termos de benefício, em dois meses, seria possível pegar alguém. Depois disso, as pessoas deixariam de usar. Algum programa a ser criado com acesso excepcional demandaria algum esforço de pesquisa. Temos que avançar ainda mais no estado da arte.

Insper (Expositor: Renato Muller da Silva Opice Blum)

O Reino Unido, nos últimos dois meses, tem intensificado essa discussão por causa do terrorismo. Há tendência a se achar um caminho para que possa conceder às autoridades mediante ordens específicas algum tipo de acesso de conteúdo de fluxo. A Lei 9296/96 – fazendo comparativo com nosso sistema jurídico – possibilita a interceptação de fluxo de dados. A previsão legal já existe. Discute-se aqui a questão técnica. Tentando fazer exercício de futurologia, parece irreversível essa possibilidade de acesso, seja para melhorar a investigação ou evitar atos mais graves, como de terrorismo. Na Inglaterra, lei está sendo discutida (*regulation of investigatory powers*) que caminha nessa linha. Considerando esse palpite de que mais cedo ou mais tarde isso será necessário e considerando a proteção do maior bem que é a vida humana, acredita que se tenha que caminhar na parte técnica da melhor maneira possível. Sugeriu, na sua fala, a criptografia em cima da criptografia por dedução lógica. Todos sem exceção disseram que a criptografia protege mais. Mas faz provocação: a criptografia do WhatsApp é relativamente recente. Até pouco tempo, muita gente usava o WhatsApp e não questionava o uso da criptografia. Primeira questão: em situações específicas, por exemplo, na proteção da vida humana, vai

haver benefício maior do que prejuízo. Em relação a quais medidas de segurança? Não tem essa resposta. Fez mera dedução lógica. Com respeito à diferenciação de mensagens de áudio e vídeo e imagem, existe a esteganografia que consiste na colocação de informações dentro de imagens. Como fiscalizar os protocolos de cooperação? Existem alguns, mas poucos, burocráticos e lentos. Convenção de Budapeste é um. Há necessidade de melhorar. Quem sabe a ONU tenha essa função. No caso da Convenção de Budapeste, existem boas práticas. Talvez a melhor seja a caracterização mínima de preservação dessas evidências digitais. O tempo é a segunda questão. Um dos motivos da convenção é aumentar esse tempo para que as evidências não pereçam. A fiscalização se daria por órgãos específicos, que é o que prevê a Convenção de Budapeste. Sobre a pergunta da Ministra, a sanção seria suspensão e proibição. Entende que pode haver alternativa à suspensão, relacionada ao objeto da investigação, se for possível fazer essa distinção. É difícil por vezes. Encerra com pensamento: nós estamos dependendo de serviços dos quais não sabemos dos riscos, do que podemos ou não fazer. Hoje são 120 milhões de pessoas usando. Será que haveria alternativa? Se existem aplicativos que geram dependência, elas não deveriam estar em *compliance* com a legislação brasileira? Será que não exigiria análise técnica prévia antes de gerar toda essa dependência? É questão que não tem resposta.

Assespro Nacional (Expositor: Fábio Wladimir Monteiro Maia)

Sobre segurança futura: alguma entidade poderia ficar coletando suas mensagens encriptadas. Anos depois, se você usou a mesma chave, essa entidade poderia decriptar todas suas mensagens (voltar para trás). Para evitar isso, há as chaves rotacionadas (segurança futura), que são trocadas automaticamente a cada comunicação. Criptografia simétrica: a mesma chave é usada para encriptar e decriptar; se é a mesma chave, as duas chaves têm que combinar que chave é essa. Criptografia assimétrica: há uma chave para encriptar e ou para decriptar. A chave de encriptação pode ser tornada pública porque não serve para decriptar. É muito comum você combinar os dois sistemas (o que o WhatsApp faz). Você usa a assimétrica para combinar a chave simétrica que vai ser usada depois. *Keys kroll* é o chamado repositório de chaves que citei no início. Uma chave mestra guardada ou chaves duplicadas de dado usuário em algum lugar é *key kroll*. Custo benefício: custo é consenso, trata-se de redução da segurança do sistema; benefício é duvidoso,

porque as pessoas simplesmente mudariam de aplicativo. Inclusive posso utilizar outra ferramenta para encriptar e colar no WhatsApp para transmitir. Também tenho as ferramentas de código aberto. O próprio protocolo Signal tem o mesmo nome de uma ferramenta chamada Signal, que é aplicativo de mensagens similar ao WhatsApp que implementa esses mesmos protocolos. O código fonte é publicado (o próprio expositor poderia, com isso, montar um serviço de mensagens para as pessoas de seu grupo sem nenhuma entidade por trás). Se for possível bloquear sem interromper: você tem a prestação do serviço e algumas operações que são feitas em segundo plano – algum tipo de análise que pode ser do metadados. Esse tipo de análise é o que dá base à monetização do aplicativo. Esse tipo de atividade, que é em segundo plano, pode ser interrompido causando prejuízo econômico ao provedor, mas sem interromper o serviço.

Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia (Expositor: Dennys Marcelo Antonialli)

Se por hipótese fosse determinada vulnerabilidade do sistema para acesso das autoridades, essa exigência não superaria apenas a impossibilidade técnica, mas também a impossibilidade jurídica, tendo em vista que certos países proíbem a entrega de conteúdo às autoridades estrangeiras. A única possibilidade são os acordos de cooperação. Então há obstáculo jurídico. Essa impossibilidade não se aplica no caso de metadados. Em relação à pergunta da Ministra, acho que as circunstâncias nas quais esse bloqueio restritivo poderia acontecer seriam muito excepcionais. Na verdade, dependeria da segmentação das operações de coleta que não fossem intrínsecas ao oferecimento do serviço. Muitas vezes esses serviços são oferecidos de modo a incorporar no serviço esses dados coletados. Por exemplo, se se trata de um aplicativo que oferece jogo baseado na localização do usuário e se determina que não seja mais coletada a localização do usuário, esse jogo não vai mais funcionar. Essas ordens de bloqueio importariam o bloqueio total daquela aplicação. Esses momentos excepcionais estão ligados à proteção da privacidade prevista no caput do art. 15 do Marco Civil da Internet. Essas coletas têm que ser verificadas por uma autoridade. Isso está sendo discutido no Congresso Nacional enquanto se discute uma lei geral de proteção de dados pessoais. Essas sanções são típicas para quando se violarem direitos derivados do direito de privacidade. Em circunstâncias

excepcionais, essas operações podem ser segregadas. Existem essas situações, mas não são a regra. O bloqueio seria ineficaz na maioria dos casos.

Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio – (Expositor: Ronaldo Lemos da Silva Júnior)

Com relação ao custo-benefício, é preciso trazer à memória um balanço do Marco Civil. O legislador teve que optar entre duas questões: acesso ao conteúdo das mensagens e acesso aos metadados. O sistema europeu previa o acesso aos metadados. Todos devem guardar por um ano os registros dos metadados. Tim e Claro têm que ter isso. Os provedores de aplicação também têm que guardar por um ano. Apesar de não ter conteúdo, esses metadados são poderosos. Depois de Snowden, a NSA guarda menos metadados para não infringir a Constituição. Desde que a Inglaterra saiu da União Europeia, coisas têm acontecido lá. O modelo europeu foi questionado na Corte de Justiça da União Europeia e ela decidiu que aquele modelo era inconstitucional. Decidiram que esse modelo gera intervenções abrangentes e particularmente sérias em relação aos direitos fundamentais e que extrapola o que seria necessário. O modelo brasileiro, que foi inspirado na Europa, foi considerado lá, agora, inconstitucional. É como se hoje esse modelo, de tão poderoso, já tivesse cruzado aquilo tolerado pelo Estado de direito. Não é objeto da ação, mas chamo atenção para outro modelo em cima de outro modelo. No Marco Civil, o legislador optou por não entregar o conteúdo das mensagens, mas entregar um farto e vasto material de metadados. Com isso é possível traçar a rede social da pessoa com muitos detalhes. Isso é retrato granular do que as pessoas fazem. A Europa decidiu que isso em si é inconstitucional. Gostaria de chamar atenção para o fato de que a internet é infraestrutura crítica. Hoje discutimos cidades inteligentes e internet das coisas (tudo vai se conectar à internet) e o que nos protege dentro de casa é a criptografia. Hoje já há dispositivos de controle da casa com os quais as pessoas se conectam com voz. Esses equipamentos ouvem o tempo inteiro. Então, a internet não é só comunicação, mas é infraestrutura. Se não tivermos um mínimo de privacidade, estaremos todos sujeitos ao homem no meio. Qualquer modelo centralizado em que haja alguém que fomenta criptografia oferece riscos. O homem no meio é possível, pois há sistema centralizado. Sempre haverá risco quando alguém desenvolve algum aplicativo para usar. Estamos diante de um desafio global. Precisamos desenvolver confiança e o melhor meio para continuar a desenvolver a

internet é encontrar ferramentas para construir a cooperação. Instrumentos jurídicos estão aí. As decisões foram legais, mas sempre coloco o ponto da proporcionalidade e razoabilidade. Juridicamente, as decisões estavam bem fundamentadas. O Marco Civil prevê acesso aos metadados e fluxos de dados nos termos da lei de interceptação. Participará de grupo que foi criado, depois que a cidade de São Paulo parou por problema de comunicação. O CGI tem escola de governança da internet e escola de governança jurídica. É feita para entender os problemas. Foi feita este ano em Brasília e teve uma grande recepção pela comunidade jurídica. Haverá outra no Nordeste para fazer acontecer cooperação por meio da compreensão da dinâmica tecnológica.

PARTE III – 05/06/2017

Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Expositores: Eduardo Levy Cardoso Moreira e Volnys Bernal)

Eduardo Levi – presidente executivo e membro do CGI

A Febratel representa as teles do Brasil e trata do seu papel. Elas são como caminhão – provêm acesso e transporte. Transportam todas as informações, metadados, cabeçalhos, aplicações etc. Transportam pacotes sem interferir no conteúdo. O WhatsApp é um serviço on-line. Confunde-se com os serviços da teles. A função do WhatsApp é prover comunicação. Portanto, o WhatsApp se confunde com o serviço que lhe dá suporte, que é o "caminhão". Ele fornece utilidades semelhantes às das teles. Substitui a demanda das teles e exerce sobre as teles pressão competitiva. E um provedor pode não ter rede? Sim, existem teles que não possuem redes próprias. Então, o WhatsApp deve ser considerado serviço de comunicação. As teles têm exército para atender ordens judiciais. Armazenam informações do passado e entregam para quem as solicita judicialmente. São 330 mil pedidos por ano de informações. Não há nada que desabone as teles. O seu limite técnico é a captura dos dados. Se as comunicações privadas estão criptografadas, não cabe às teles quebrar. O setor garante a privacidade e ao mesmo tempo respeita integralmente as demandas judiciais, e montou infraestrutura confiável para prover essas informações. As teles se alinham com o MP e PF. Não cabe discutir o processo investigativo, pois há possibilidade técnica para dar essas informações. O setor de telecom atende à legislação e o WhatsApp deveria fazer isso.

Consultor técnico – Volnys Bernal

É Especialista em segurança e focará em aspectos técnicos. Em relação à criptografia, tudo foi falado. É realidade para garantir privacidade. Quanto à possibilidade de interceptação, a telecom captura dados brutos. Se criptografados, é inviável decifrá-los. As telecoms não podem disponibilizar o conteúdo de mensagens do WhatsApp. Quanto ao espelhamento, essa funcionalidade poderia ser disponibilizada pelo provedor de aplicação. Decerto, os problemas de uso não autorizado do espelhamento devem ser considerados. Do ponto de vista técnico, é possível. Sobre o bloqueio, é possível, mas exige esforço técnico. As aplicações têm diversos servidores (às vezes milhares). É preciso conhecer seus endereços de rede para bloquear. É a primeira dificuldade. O WhatsApp divulga o endereço de seus servidores, mas as telecoms não conseguem saber se essa informação é correta e completa. Não há tempo hábil para verificar se os endereços estão corretos. Se não estiverem, outros serviços são impactados. Então o processo é arriscado. Em relação ao conteúdo, a telecom não o guarda. Isso é proibido. Sobre os registros de conexão, os provedores são obrigados a manter os registros (data, horário, identificação do terminal, endereço, IP e portas). Sobre a coleta de dados e registros de dados pessoais, os registros cadastrais e registro de conexão e contabilização são armazenados por pelo menos um ano. Para todos esses registros são aplicados sistemas contra perda de dados e acesso não autorizado. O bloqueio deve ser evitado ao máximo. Os servidores podem atender os mandamentos judiciais de bloqueio (embora isso seja inócuo).

Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Expositores: Marcelo Amarante Ferreira Gomes e Thiago Guimarães Moraes)

Thiago Guimarães Moraes

É grupo de pesquisa da UNB com integrantes do direito, ciência política e TI. São *amici curiae* nessas duas ações em comento. Parece existir um alinhamento dos temas. O foco do debate de hoje é a criptografia: ela pode ou deve ser limitada? O WhatsApp utilizada a criptografia ponta-a-ponta. Em princípio, o provedor não tem acesso ao conteúdo. O WhatsApp usa protocolo Signal que utiliza criptografia forte. Está se discutindo também a privacidade. A discussão é entre segurança privada *versus* segurança pública. Empresas de tecnologia devem proteger os dados dos usuários. Esse princípio pode ser limitado, porém é preciso razão legítima. Mas a criptografia é utilizada em todos os ambientes hoje. O mal não está na criptografia.

O expositor considera interessante trazer algumas técnicas possíveis. *Backdoor*: falha de segurança espontaneamente colocada no aplicativo. Gera dois problemas: confiança do consumidor, que buscará alternativa para espaços mais seguros. O segundo problema é a guarda de chaves: as chaves mestras têm que ser armazenadas em lugar cem por cento seguro e isso não existe. *WannaCry* aconteceu porque houve furto de tecnologia da NSA. O *backdoor* é alternativa perigosa. Ataque homem no meio: pode acompanhar as comunicações de forma invisível ou às vezes forjar mensagens. Quando falamos de aplicativos de mensagens, isso acontece quando o usuário está off-line. Contudo, o WhatsApp fornece utilidade simples, que é habilitar as notificações de segurança. Uma mensagem vai de Bob para Alice. Alice está off-line e nova chave é trocada. Bob é informado sobre isso. Pessoa preocupada com isso prestaria atenção. Então é problema para utilizar a técnica.

Marcelo Amarante Ferreira Gomes

Falará de ataque às comunicações via SMS. O WhatsApp usa SMS para verificar se o usuário é dono daquele número. Uma das formas de você atacar o WhatsApp é atacar o protocolo utilizado pelas operadoras de tecnologia. O SS7 é protocolo utilizado para comunicação entre operadoras. Ele não possui criptografia. E autenticação dele é simples. Os órgãos de investigação poderiam se conectar ao SS7, tornando desnecessária a colaboração das operadoras de tecnologia. Tem custo muito baixo (1.000 euros ao mês). *Hackers* entram a custo zero. Como seria esse ataque ao SMS? Você pode bloquear esse sinal e pode enviar e receber mensagens em nome do dispositivo clonado. Existe na rede de telefonia banco de dados. Se inserir no HLR (*home location register*), o investigado deixa de ser visível e manda mensagens para o clone. Com isso efetivamente cria-se um clone SMS desse aparelho. Basta você instalar o WhatsApp no clone e você se identifica para o WhatsApp como o investigado. Se você faz isso nas duas pontas, você pode receber as mensagens de um investigado e retransmitir para outro. O problema é o valor probatório, pois as mensagens interceptadas podem ser alteradas. Outra forma é espelhamento no computador. Isso pode exigir acesso físico, mas é simples de ser feito. Outro procedimento é captura de metadados – é o que é recomendado para procedimentos investigativos. É mais simples e não é detectável pelo investigado. Não recomenda *backdoor*. Caso a caso deveria ser verificado, se deveria ser utilizado homem no meio via SMS.

Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Expositores: Alberto Pavie Ribeiro)

É advogado. Como representante da AMB, apresenta fatos processuais de um caso concreto. A AMB atuou na defesa do juiz da Comarca de Lagarto, em Sergipe, perante o CNJ, em reclamação disciplinar que já foi arquivada. Porquanto o processo seja sigiloso, alguns fatos processuais são públicos. Lagarto é a maior cidade do interior do Sergipe e tem por atividade principal o cultivo do tabaco. Dada a sua posição geográfica, é entreposto de cocaína vinda da Colômbia. O caso envolveu tráfico de drogas interestadual. Foi decisão relativa à organização criminosa que age em vários estados brasileiros. Dr. Marcel Montalvão foi o juiz que proferiu a decisão. Ele anda com colete a prova de balas e dois seguranças, reveza local de residência e já teve que se afastar do Brasil para preservar sua vida. Isso serve para afastar o preconceito da mídia contra juiz do interior. O juiz aplicou os seguintes dispositivos: art. 5.º, inc. XII da Constituição (é inviolável o sigilo das correspondências e comunicações telegráficas, salvo por ordem judicial etc.); a Lei 9296/96 que regulamenta o disposto na Constituição – o art. 1.º, parágrafo único dessa lei, equiparou dados telemáticos às comunicações telefônicas. Falou-se nesta audiência na diferença entre aplicativos que tenham objeto lícito e ilícito. O art. 319 do CPP autoriza o juiz de primeiro grau a suspender atividade econômica lícita que esteja sendo usada para fins de práticas penais. Há também os artigos 10, 11 e 12 do Marco Civil da Internet. O par. 2.º do artigo 10 é claro ao afirmar que o conteúdo das mensagens privadas pode ser disponibilizado mediante ordem judicial na forma em que a lei estabelecer. O caput do art. 11 é claro ao submeter o tema à legislação brasileira quando um dos atos ocorre em território nacional. Quando o WhatsApp infringe o artigo 11, ele se submete às sanções do art. 12 – suspensão e proibição de funcionamento, além das sanções cíveis, penais e administrativas. O magistrado brasileiro pode suspender ou proibir funcionamento de WhatsApp ou outros. Mostrou trecho de decisão proferida em 2015, que impôs multa de cinquenta mil reais por descumprimento (teve por base relatório técnico da Polícia Federal que disse ser possível o espelhamento). Mostrou outro trecho da decisão: a multa de cinquenta mil reais chegou a ser majorada até um milhão por dia. O juiz observou a gradação, mas nada foi feito. Então, pediu a prisão do vice-presidente do Facebook, mas houve HC. Com relação à multa de um milhão, houve mandado de segurança no Tribunal de Justiça e decisão que poderia majorar a multa para além de um milhão. Depois de seis meses

da recusa do WhatsApp, o juiz determinou a suspensão da multa. Foi objeto de recurso no Tribunal de Justiça de Sergipe e o desembargador decidiu manter. Uma das razões de ser da decisão é que as informações que possibilitam o ilícito podem se afastar do espaço de proteção e voltar a circular onde é possível a quebra do sigilo. Essa é uma das consequências naturais do bloqueio. Portanto, há fundamento para o bloqueio. Tratará de outros assuntos que foram abordados nesta audiência. A desabilitação da criptografia parecia possível e o juiz demonstrou isso em sua decisão. Aqui o que se viu foi o representante do WhatsApp afirmar que não seria possível atender a qualquer determinação da justiça. Os especialistas disseram que a comunidade científica reafirma isso. Todos disseram que seria ineficaz uma decisão judicial que impeça a criptografia. A questão é que não se pode aceitar qualquer sistema de comunicação que seja insuscetível da intervenção estatal para o fim da persecução penal. Se houver a vedação, qualquer sistema que se utilizar de criptografia somente poderia funcionar de forma ilegal. Os bancos poderiam criar sistemas insuscetíveis de quebra de sigilo, mas os diversos países não aceitam. A tecnologia não briga com a lei. Uma vedação estimulará a ciência a criar uma solução. Portanto, a magistratura está convencida de que há sustentação legal para vedação de aplicações insuscetíveis de intervenção. Há de ser assim no mundo inteiro sob pena de o estado criminoso se perpetuar. Os representantes da Polícia Federal chegaram a ser indagados em quais situações seria necessária a quebra de sigilo. Lembraram da extorsão perante sequestro. É crime que alcança toda a sociedade brasileira. O WhatsApp, solicitado a enviar dados, pode dizer que não envia. Uma pessoa pode ser morta. A magistratura está convencida de que agiu bem esse juiz.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Expositores: Alexandre Rodrigues Atheniense e Claudia Lima Marques)

Alexandre Rodrigues Atheniense

Fala em nome da Comissão de Direito e Tecnologia, do qual é membro. O que se percebe é duelo de forças entre WhatsApp (e outras grandes) e o Estado, que sempre quer que prevaleçam as soluções sistêmicas para mitigar a ordem judicial. Houve situação similar com relação ao Google, que resistia cumprir ordens judiciais, dizendo que sua sede era na Califórnia e que aqui somente teria escritório de representação comercial. Foi necessário que a Safer Net apurasse que houve

aumento de ilícitos dentro da plataforma do Orkut (a ponto de serem encontradas 3.000 comunidades de conteúdo pedófilo). Isso acabou culminando com a prisão de seu presidente, e o Google agora obedece a ordens judiciais. Há similaridade nos dois casos. No Marco Civil, esse problema do Google serviu como referência ao art. 11, par. 2.º, que determina que empresas com sede no estrangeiro devem respeitar a decisões do judiciário brasileiro. É claro que Facebook e WhatsApp pertencem ao mesmo grupo econômico desde 2014. Além disso, os atos de processamento e coleta de dados acontecem dentro do território nacional. Ademais, temos várias decisões no sentido de obrigar que o Facebook Brasil atenda a ordens judiciais. Mas o Facebook Brasil vem se defendendo, dizendo que não tem condições tecnológicas porque a sede é em outro país. Nesta audiência, várias vezes ouviu-se que a internet é inimputável. Isso é absurdo. Teve oportunidade de fazer curso de especialização em *Internet Law* em Harvard, onde teve contato com o professor Lawrence Lessing, grande especialista. Naquela época, em 1999, Lessing dizia que a internet se desenvolvia como ambiente de grandes negócios, e isso geraria polarização: de um lado, as grandes empresas, que iriam cada vez mais fazer prevalecer seus interesses econômicos, de outro, a ordem jurídica do país – até porque as normas legais não teriam tanta eficácia assim, tendo em vista a fragilização das fronteiras dos países. Nessa linha de raciocínio é que empresas americanas (que têm conceito de liberdade de expressão mais amplo do que na Constituição brasileira) não têm convencimento de que a liberdade de expressão pode ter excesso. Por isso, o art. 5.º, inc. XII, traz limites. É necessário que o Supremo declare o direito à privacidade, à proteção de dados e o sigilo de comunicações de dados para que não fiquem nas mãos das empresas, e sim do poder público. Ora, isso é óbvio. Por que abdicar da soberania em nome de uma empresa que amanhã pode sair do Brasil? Isso não pode acontecer. Chama atenção a detalhe que se liga ao caso do Google. A primeira ordem que culminou com bloqueio do WhatsApp foi antes do início da criptografia (fevereiro de 2015 – juiz de Teresina – bloqueio solicitado, mas não executado). A segunda, também antes. Depois, temos fato relevante em março de 2016, com ordem judicial de prisão de presidente do Facebook Brasil. Dias depois, a criptografia foi lançada. Ora, esse é exemplo de que a empresa tinha que achar recurso sistêmico de criptografia, mas de modo a dominar a decisão judicial. Depois, tivemos a ordem do juiz de Lagarto e ordem da juíza de Duque de Caxias. Portanto, estamos diante de duelos de força: as empresas de tecnologia como paladinas do direito a impor

normas de conduta ao Judiciário brasileiro (e isso não acontece somente no Brasil; há o caso da Apple, nos Estados Unidos). Essas empresas não têm legitimidade para impor normas de condutas aos seus usuários sem conflitar ou mitigar a eficácia das ordens judiciais. Não se trata apenas da privacidade de usuários dos aplicativos e o interesse da segurança pública na investigação de crimes. Está-se aqui diante de um caso muito relevante, em que o STF tem chance de regular as relações sociais da internet para que o Estado garanta o exercício da sua soberania em relação a empresas que somente querem fazer prevalecer seus interesses comerciais. Os sistemas de comunicação que atuam no mercado sem submissão ao ordenamento jurídico importam em prejuízo social inequívoco decorrente do impedimento à investigação de crimes e outros ilícitos. Esses impedimentos de ordem técnica afetam a eficácia legal e podem esconder outros interesses, tal como no caso Snowden, que foi incentivo para que o Marco Civil fosse aprovado. Naquela época se percebeu que a Presidente Dilma estava sendo monitorada. A lei brasileira se aplica ao WhatsApp. Se for serviço essencial, deverá se submeter à legislação consumerista e à regulamentação das empresas de telecomunicações. O WhatsApp é quinta operadora de telefonia do Brasil. A revelação de metadados é imperiosa. Além disso, nos termos de uso do WhatsApp, está escrito que ele preserva imagens e vídeos por algum tempo. Ora, se preserva virais, por que não podem ser relevados? O WhatsApp deve se adequar ao sistema legal brasileiro. Tem mecanismo para isso. A criptografia não pode ser intocada.

Claudia Lima Marques

Representa a Comissão de Direito do Consumidor. Em 2015, as Nações Unidas adaptaram suas diretivas ao mundo digital. O objetivo primeiro afirma que é necessário ajudar todos os países a atuarem contra práticas abusivas de empresas, em especial, em relação aos consumidores. Três princípios se aplicam no caso em questão. A *Guideline* n. 5, na letra j, assegura proteção tão eficaz no mundo digital quanto aquelas aplicadas nas outras formas de comércio. Na letra k, assegura a proteção da vida privada e da livre circulação de informações na escala mundial. O princípio geral n. 9 afirma que todas as empresas devem respeitar as leis dos países em que elas operam. O art. 219 da Constituição afirma que o mercado interno integra o patrimônio nacional, e que será incentivado o bem-estar da população e autonomia tecnológica do país nos termos da legislação federal. No início do século XX,

falava-se que patrimônio é esfera de poder. Toda a tecnologia do país está numa esfera de poder. Thomas Pfeifer diz que mercado é hoje elemento de conexão. A conexão não está na esfera dos países, mas no mercado. O art. 5.º, Inc. XXXII, da Constituição Federal, diz que é dever do Estado legislador proteger o consumidor na forma da lei. O art. 170, inc. V, da Constituição diz que na ordem econômica brasileira há limites, e a defesa do consumidor é um desses limites. O Código do Consumidor é claro: fornecedor é aquele que presta serviços mediante remuneração (pode ser direta ou indiretamente). Não é verdade que o CDC não trata das amostras grátis e brindes. O Facebook dá brinde através do WhatsApp. Não seria isso uma relação de consumo? No caso do Google, o STJ estabeleceu que há relação de consumo. O parágrafo único do artigo 39 do CDC afirma que a gratuidade não é empecilho à sua aplicação. E, para terminar, o art. 7.º, do Marco Civil, assegura diálogo com o CDC. O art. 10 e seguintes complementam essa ideia. A sanção, quando é necessária para estimular o cumprimento, não é algo terrível após o devido processo legal – é necessária para proteção do consumidor, como a ONU considera.

Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio (Expositor: Pablo de Camargo Cerdeira)

É coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV; trabalhou na redação do Marco Civil e está trabalhando no projeto de lei de proteção de dados pessoais. Trabalha com criptografia desde 1990. Foi criador do projeto Supremo em Números. Tentará fazer ponte entre aspectos técnicos e aspectos jurídicos. Tentará ser bastante objetivo em aspectos pendentes de explicação: diferença entre comunicação telefônica e internet; o que é criptografia de chave pública. Internet e redes de telefonia não podem ser confundidas. Há rede central que conecta as demais. Um grampo eventual em empresa de telefonia na época antes de nossa Constituição acontecia com um agente mexendo num poste. Internet é outra coisa: é uma rede, é o "esperanto" dos computadores. É um conjunto de regras (TCIP) que permite que computadores de rede diferentes falem entre si e montem rede heterogênea. Por isso, na internet, não existe cobrança de interurbano, porque as redes estão interligadas. Vai-se de uma rede para outra até se chegar onde quiser. Isso é muito parecido com brincadeira de telefone sem fio. A vantagem é que é resiliente. Você pode atacar um pedaço da rede, mesmo assim, o dado vai chegar de outro lado. Ademais, é muito barata. É diferente de fazer um cabeamento de uma estrutura de telefonia. Claro que

usa a infraestrutura de telefonia que já existe, mas a forma que se dissemina é muito diferente. A internet tem um problema, a privacidade. Ela não foi feita pensando nisso. Privacidade e facilidade de interconexão: o que acontece quando se faz teste de conexão do Rio de Janeiro para faculdade da África do Sul? A conexão passou por vinte e três redes diferentes. Ela foi aos Estados Unidos, Inglaterra, andou dentro da África até chegar ao destino. O que Snowden tornou público (e que, provavelmente, deve ser feito em outros casos, em outros governos, por empresas privadas ou pessoas físicas) foi que havia um espectro do que transitava pela internet que era copiado para os computadores da NSA, dentro dos Estados Unidos, alguns com base legal e outros sem base legal. Isso era utilizado, por exemplo, para espionar Dilma e Petrobras. Como isso foi resolvido? Nessa mesma época, dos anos 90 para os anos 2000, a criptografia teve um avanço muito grande. Implementaram-se modelos descobertos nos anos 70 que permitiam que a informação transitasse na internet sem que terceiros pudessem ver. Isso foi chamado de criptografia de chave pública. Pensem na brincadeira do telefone sem fio. Se o expositor quiser que informação venha da Ana até ele e ele possui cofre com senha, ele passa o cofre para Ana que vai colocar lá dentro o documento (informação) e vai trancar, mas ele precisa passar para ela a senha ("Ana, tranque com a senha 123"). O problema é que todo mundo no caminho vai ouvir a senha. A criptografia de chave privada funciona diferente. O expositor tem uma senha que tranca o cofre e outra que destranca. Então, pode-se passar o cofre de mão em mão até chegar na Ana com senha pública (a senha para trancar é 123). Quando a Ana trancar, os outros no caminho não vão conseguir abrir. Somente o expositor vai conseguir abrir com a senha contraparte, que é a senha privada. Então, vê o conteúdo que veio e consegue saber se o conteúdo está inalterado com base em modelos matemáticos. O WhatsApp implementou esse modelo que não permite que os intermediários vejam o conteúdo. Esse modelo é utilizado por bancos, sites de vendas, pelo STF, cartões de crédito (dentro do chip tem a chave privada e o banco tem a chave pública). Efeitos práticos desse modelo (faz referência a Joaquim Falcão, que gosta de fazer alusão à imagem da Capela Cistina): costuma dizer que algoritmos e criptografia estão no mundo das ideias de Platão. A criptografia é impossível de ser interceptada, mas, na prática, nem sempre isso acontece. É possível violar interceptações criptográficas. Pode haver falha na implementação (o programador errou), pode ter falha no *hardware* ou no *software* e outras. Na prática, é possível interceptar ou espelhar as conversas? No modelo

teórico que o WhatsApp diz usar, não. Agora, é possível que isso de fato seja feito? É possível, sim. O WhatsApp poderia fazer mudanças no seu *software* para permitir a interceptação. Mas há alguns impedimentos. Destacará seis pontos. A questão da eficácia da decisão: ela tem que ser global. Não existe um WhatsApp para o Brasil e um para o resto do mundo. A *backdoor* teria que ser implementada no mundo inteiro. Se fizer uma só para o Brasil, nada impede de se instalar um *software* desenvolvido para outro lugar do mundo sem essa falha. Seria inócuo. Problema ético e jurídico: o WhatsApp diz para seus usuários que a comunicação é segura e usa criptografia de ponta-a-ponta. Se ele incluir essa falha no seu aplicativo, ele não poderá mais vender segurança. Outro problema são os concorrentes. O WhatsApp tem representação no Brasil com o Facebook, mas outros aplicativos não têm. Uma decisão que obrigasse o WhatsApp a colocar *backdoor* o colocaria em situação de disparidade de concorrência. Haveria migração para outros aplicativos. Poderia se utilizar o Signal. Outro problema são os vazamentos. É muito improvável que falha de segurança implementada em algo que se supõe ser seguro seja restrita a apenas um ambiente. Os danos seriam globais. Efetividade da decisão: só funcionaria se adotássemos aqui um modelo de internet com *firewall* chinês. Todos os dados que trafegam pela internet não fazem diferença. Como diferenciar o tráfego de informações do WhatsApp ou de outro aplicativo? É impossível fazer essa distinção dentro da rede. O que é possível fazer é bloquear acesso a partir dos servidores. Colocaram *firewalls* em volta dos servidores do WhatsApp que impediam conexão. Mas isso é simples de ser contornado (o WhatsApp não fez isso, mas poderia, de forma muito simples, ter feito). Para encerrar, eu queria entrar em aspecto jurídico. O art. 5.º, Inc. X, XI e XII, ganhou outra dimensão com o advento da internet. Há a internet das coisas. É impossível pensar nisso sem uso da criptografia. O exemplo dos bancos não é bom exemplo. Os bancos poderiam ter sistema que nem eles poderiam violar? Poderiam, mas a relação com o sistema bancário está exatamente em ter acesso a esses dados e fazer compensações. Num modelo de *bitcoins* é impossível fazer esse controle. O futuro será de criptografia inviolável e qualquer violação colocará em risco a intimidade de todos. Cita dois casos: a justiça já determinou retirada de vídeo do YouTube (caso Cicarelli). Retirou-se do YouTube mas continua na internet. Determina-se que se retire o WhatsApp do ar, mas o mesmo conteúdo de comunicação criminosa passará por outros aplicativos. Essa situação coloca um problema do século XIX para uma realidade do século XXI.

A resposta não parece ser a emissão de ordens inócuas que trarão falta de credibilidade para o próprio Judiciário.

**Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD
(Expositor: Alexandre Melo Braga)**

O CPQD é da cidade de Campinas, interior de São Paulo. O expositor trabalhou em inovações dos cartões de crédito brasileiros até o recorde de velocidade de fibra ótica. Fala do lugar daquele que faz criptografia e sofre com a incompletude da tecnologia no mundo real. A abordagem foi análise de cada uma das quatro perguntas. Primeira: em que consiste a criptografia ponta-a-ponta usada por aplicativos como WhatsApp? É derivada do protocolo Signal. As tecnologias são boas e os algoritmos são fortes, e, se implementados corretamente, são seguros (estabelecimento de chave, derivação e atualização de chaves, código de atualização etc.), mas têm suas peculiaridades técnicas. Vale ressaltar que essas são as decisões do WhatsApp declaradas em documentação pública acessível na internet. Outros sistemas podem adotar decisões diferentes. Outro ponto é que essas decisões marcam a maturidade na construção de um sistema melhor do WhatsApp. Houve evolução da criptografia no WhatsApp. Houve erros, mas o estado atual é ponto particular nessa evolução. Existe grande chance de que as outras opções de navegação segura estejam em pontos diferentes da do WhatsApp – talvez melhores, mas não necessariamente. Esse ponto é relevante. A imagem geral nos permite observar que outras decisões podem ter sido tomadas. As decisões do WhatsApp são até certo ponto pedagógicas. A sua maturidade pode ser medida pela diminuição de erros e vulnerabilidades. Por outro lado, os *softwares* não existem isoladamente. O aplicativo é executado em cima de um sistema operacional que usa camadas de comunicação. Cada uma dessas camadas pode ter defeitos que podem usados por mal intencionados. O SS7 foi interessante. Ele é exemplo da interdependência das tecnologias. Seria possível a interceptação de conversas e mensagens no WhatsApp ainda que ativada a criptografia ponta-a-ponta? É interessante o estabelecimento de premissas. Considerando ataques conhecidos apenas contra os algoritmos e protocolos de segurança, o poder computacional conhecido, a inexistência de *backdoors*, a implementação correta e completa dos algoritmos e protocolos descritos, não é de fato computacionalmente possível interceptar conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo. Essa conclusão tem por base a correção de implementação. Essas premissas devem

subsidiar análises parecidas em outros mensageiros da internet. Isso dá respostas sobre a segurança. Os detalhes da implementação fazem toda a diferença. Existe escassez de especialistas em criptografia e é difícil validar protocolos criptográficos. Programadores cometem erros. Há escassez de ferramentas. 70 a 80% dos aplicativos usam criptografia de modo incorreto. Seria possível desabilitar a criptografia ponta-a-ponta de um ou mais usuários específicos? Tecnicamente, sim, mas com uma ressalva imensa. Aparentemente, a partir de documentação divulgada pelo WhatsApp, essa interceptação não seria possível na versão atual do aplicativo. Supõe-se que uma modificação do protocolo tornaria possível alguma interceptação em níveis diferentes. Entende-se que essas modificações de protocolos em sistemas complexos não podem ser feitas a toque de caixa. Uma implementação desse tipo custaria o dobro da implementação simples. A segurança desses protocolos não vem de graça. Em diversas oportunidades, a falta de cuidado na implementação gera falta de segurança. Houve avanços para tornar o uso da criptografia quase totalmente transparente para o usuário final. Cuidados operacionais devem ser observados. Por outro lado, existe a questão da personalização do WhatsApp. Se o WhatsApp levar a personalização a outros países, isso levaria a um grande número de versões a serem geridas e a problemas de escala não simples de ser resolvidos. Tendo em vista que a utilização de WhatsApp permite acesso em computadores (WhatsApp Web), seria possível espelhar em outro computador? Com a documentação publicamente disponível, não se pode concluir se seria tecnicamente possível. Entendemos que, em termos de *software*, eles podem ser modificados para atender a essa demanda com a ressalva de criação de versões diversas e as dificuldades de gestão.

Instituto dos Advogados de São Paulo (Expositor: Thiago Rodovalho)

Enfatiza que a questão não é exclusivamente técnica. É caso complexo do ponto de vista técnico e jurídico (é *hard case*). As ordens do WhatsApp centram a questão no bloqueio em si e não na criptografia. Centrará sua fala não nos aspectos técnicos. O objeto será a compatibilidade ou incompatibilidade desse modelo de negócio com nosso ordenamento jurídico. Os limites éticos não são dados somente pela tecnologia. Os limites estão no ordenamento. Isso não é questão de governo, mas é questão de Estado e do seu modelo constitucional. Trata-se de verdadeira política pública. Fachin disse, na sabatina do Senado, que a Constituição Federal é nosso contrato social. Gostemos ou não, é o contrato que firmamos com a sociedade. Nenhum de nós

pode ter uma Constituição para chamar de sua. O primeiro ponto é analisar a compatibilidade desse modelo com a Constituição Federal. A Constituição Federal adota um arquétipo normativo extremamente complexo. Não trabalha com a ideia de absolutidade dos direitos, mas com a ideia de equilíbrio e harmonia: nem liberalismo absoluto nem dirigismo estatal. A pedra de toque é equilíbrio. Assim o é com a livre iniciativa. É protegida pela Constituição como direito fundamental, mas que também é conjugada com a responsabilidade social. Essa é a opção do art. 170 da Constituição. A Constituição protege a privacidade, mas não a tem como absoluta. Nem o Leviatã, que nada vê, nem o Estado autoritário. Como se deu essa construção do equilíbrio? Deu-se a partir do devido processo legal e de ordem judicial. Essa é a maneira de controlar os excessos no arbítrio do Estado. A solução de compromisso que firmamos em nosso contrato social respeita o devido processo legal. Esse é o sentido dos Incisos XI a XIII, do artigo 5.º, da Constituição. Por meio do processo, controlam-se excessos do Estado. Houve, num passado recente, uma luta legítima do Google ao combate da pedofilia na internet envolvendo o Orkut. Naquela época, alguns setores da polícia e Ministério Público desejavam ter acesso a esses dados sem passar por ordem judicial. Isso seria violar a Constituição e instaurar no Brasil um estado policial. Nessa época se desenvolveu solução técnica que permitiu que o Google cumprisse essa ordem. Hoje o Google é um grande parceiro no combate à pedofilia no Brasil. Na atualidade, vive-se em face de um paradoxo. Garantias foram desenvolvidas para limitar o Leviatã, mas hoje existe o Leviatã incapacitado. Vive-se uma perspicaz passagem de Tercio Sampaio: "nós vivemos 1984 às avessas". Se outrora se imaginava que a tecnologia criaria um espaço em que o Estado veria tudo, ela criou espaço no qual o Estado não consegue ver. Esse modelo é incompatível com nossa Constituição Federal. O Marco Civil da Internet igualmente fundamenta parte da ordem judicial para mitigar o direito à privacidade. Assim o é nos artigos 7, 10 e 15. Cita Fabiano Menck, estudioso de direito digital que escreveu tese sobre assinatura eletrônica na Alemanha. O autor diz que um dos grandes óbices que têm sido suscitados pelos provedores de aplicação com chancela da doutrina é a denominada impossibilidade técnica. Ocorre que a impossibilidade técnica não integra a natureza do aplicativo, mas foi implementada *a posteriori*. Por mais que a criptografia seja louvável, já que protege sigilo, o aplicativo não nasceu com essa funcionalidade e desenvolveu-se em ela. O WhatsApp, por exemplo, foi fundado em 2009 e somente implementou a criptografia em 2014 – e implantou completamente em 2016. Portanto, faz menos de

um ano a sua implementação. Seu impedimento não mexe no conteúdo essencial e não viola a livre iniciativa. Nessa ordem de ideias, deveriam seguir dois caminhos: ou implementam a criptografia e alertam que, em caso de ordem judicial, essa criptografia poderá ser desabilitada ou, se a desabilitação for inviável, deixem de implementá-la tal como está feita hoje. Também se pode cogitar como Simplício e Alexandre Braga: há algumas soluções técnicas, ainda que haja custo a ser pago por isso. Anderson Nascimento diz que nenhum dos caminhos é ideal. Mas é preciso lembrar que a segurança digital nunca foi plena, pois vivemos em uma sociedade de riscos. Apesar dos riscos, as pessoas não deixaram de utilizar a internet. Essa forma de comunicação indevassável parece ter preço caro demais. O argumento *ad terrorem* não parece ser bom o suficiente para fazer essa Corte ponderar nesse sentido. Isso não é uma jabuticaba. Essa discussão tem ocorrido em diversas partes do mundo. Lembra que é preciso cautela ao se comparar a discussão que ocorreu em 1990, pois o mundo mudou demais. Infelizmente, depois de 11 de Setembro, o mundo não é o mesmo. Destaca como outras partes do mundo estão vendo o problema: nos Estados Unidos, no caso *Apple versus FBI*, a discussão se deu na quebra de criptografia de um iPhone. Esse caso é um dos mais emblemáticos. Inglaterra: depois do recente atentado de 22 de março de 2017, reporta à fala da Secretária para assuntos internos, que diz que os terroristas usaram o WhatsApp antes do ataque. A proteção de dados está sendo questionada. O WhatsApp não pode ser lugar para terroristas se esconderem. Essa fala foi objeto de duro pronunciamento da Primeira Ministra, que instou a comunidade europeia a debater esse tema. Ela disse: no combate ao terrorismo é preciso debater os espaços cegos na internet. Talvez essa seja uma ação menos traumática para combate ao terrorismo. Na França: leu reportagens sobre preocupação de utilização do WhatsApp por terroristas. Brasil: Polícia Federal prende terroristas que planejam ataque ao Rio2016 via *Telegram*. Reportagem do Washington Post: *Telegram* é considerado o aplicativo favorito do Estado Islâmico. Vários países estão se preocupando com isso, embora estejamos em estado avançado, pois já está na Suprema Corte. A discussão está acontecendo em países democráticos. Se não temos problemas de terrorismo, temos corrupção, tráfico de drogas, sequestros etc. É preciso salvaguardar o Poder Judiciário e a soberania do Estado brasileiro. É preciso compatibilização entre a técnica dos aplicativos e a Constituição. É preciso projetar como queremos o futuro.

Espaço dialogal

Ministro Fachin: Cláudia Lima Marques indaga a Eduardo Levy sobre a concorrência do WhatsApp e as teles e os SMS's; pergunta se brinde ou amostra grátis favorece o monopólio em meio digital, como o e-mail gratuito do Google e outros provedores. De Alexandre ateniense para Dr. Pablo da FGV: considerando que os termos de serviço do WhatsApp preveem que fotos e vídeos populares podem ser guardados por mais tempo, é possível admitir que esse conteúdo tenha valor econômico no século XXI? Do Lapin da UNB para Febratel e para representantes do Conselho Federal da Ordem: o WhatsApp deve ser considerado provedor de conexão? Em caso afirmativo, em qual medida, uma vez que ele não disponibiliza acesso a outros serviços e não disponibiliza número de IP ao terminal. De Lapin para representante da Associação dos Magistrados Brasileiros: de que forma as medidas de bloqueio do WhatsApp contribuem para investigação criminal, uma vez que o criminoso poderá optar pela utilização de outros serviços de mensagens criptografadas? Como bloquear aplicativos clandestinos? De Volnys Bernal da Febratel para o Lapin da UNB: na técnica da personificação do telefone do investigado fazendo uso do protocolo SS7, como fica a operação do telefone investigado após a personificação? Perguntas dos ministros (são provocações sem juízo de valor): quais são os dados de que deveriam dispor as teles para implementar parcialmente as sanções do Marco Civil? Seria possível restringir sua aplicação a determinada parcela do território? Seria possível implementá-las a um grupo de usuários? A notícia da realização de um ataque a rede SS7 (*men in the middle*) é uma técnica utilizada em outros países?

Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Eduardo Levy)

WhatsApp é empresa competindo nos serviços de comunicação no Brasil. Na questão de e-mails gratuitos, as empresas de telecomunicações são os insumos e fontes de informação. As empresas de telecomunicações montaram equipe de quinhentas pessoas no Brasil com investimentos em *data centers* e em sistemas de rastreabilidade para que possam dar informações à justiça com segurança.

Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Volnys Bernal)

Outra pergunta sobre SS7 é acerca de notícias de uso desses ataques. Alguns ataques foram feitos na Alemanha, na França e na Espanha, especialmente de acessos a dados bancários. Não tem notícias de ataque específico ao WhatsApp.

Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Thiago Guimarães Moraes)

Complementando e levantando outra questão para o Instituto dos Advogados de São Paulo: foi levantado em alguns momentos que o WhatsApp de fato não surgiu com a criptografia ponta-a-ponta, mas, eventualmente, ele veio a implementar essa funcionalidade. É visão equivocada de que o WhatsApp correu com essa implementação para evitar colaboração com a justiça. Na verdade, o *Electronic Foundation*, que é uma ONG globalmente reconhecida, lançou, em 2014, uma tabela para todos os serviços de mensagens e o WhatsApp tinha pontuação muito baixa – ele tinha 2 de 7 pontos. Por conta dessas duras críticas e por perda de mercado, eles tomaram uma decisão de implementar a criptografia ponta-a-ponta.

Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Volnyz Bernal)

Com relação ao SS7, é uma das alternativas, mas as análises trazem como efeito que o terminal do investigado ficará inoperante. No momento da personificação vão ocorrendo as trocas de chaves. Se houver inoperância, impactará no provedor, além do que o direcionamento das comunicações será percebido pelos interlocutores. Essa técnica vai além da monitoração e cabe interrupção do serviço (precisa-se verificar se isso seria legal).

Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Expositor: Marcelo Amarante Ferreira Gomes)

Diz que há interrupção por pouco tempo e não todo tempo. Outra colocação: além da personificação via SS7, a autoridade policial pode pedir para a operadora o chip clonado do investigado. A viabilidade técnica disso é razoável, mas é trabalho que exige que a operadora saiba da investigação e haverá demora maior.

Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Expositores: Alberto Pavie Ribeiro)

Com relação à amplitude, também a AMB quer saber se dá para suspender o serviço em apenas uma parte do Brasil. Com relação à eficácia das decisões dos juízes diante da possibilidade de migração dos agentes criminosos, isso é possibilidade natural que é considerada pela autoridade policial. É risco. O que se pode ver até hoje é que os criminosos continuam até usando telefone mesmo sabendo que é grampeado. O representante do WhatsApp afirmou que não pode cumprir ordens legais. Logo,

seu serviço é ilegal. Se é ilegal, não pode funcionar, não pode ser explorado economicamente e perderão 120 milhões de usuários. A atividade criminosa pode usar qualquer método, inclusive primitivo, de comunicação.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Alexandre Rodrigues Atheniense)

O WhatsApp pode ser considerado provedor? Teve a oportunidade de ser advogado de operadora que firmou contrato com WhatsApp. Na verdade, o WhatsApp funciona com perfil de provedor de aplicativos. O IP não é o único metadado que o WhatsApp guarda. Quando a TIM fez contrato com WhatsApp para que a TIM não tarifasse o aplicativo em sua banda de dados, ficou claro que o WhatsApp faria a preservação do número do telefone da pessoa, que é metadado extremamente relevante, e, se por acaso, fosse relevado por ordem judicial, levaria ao usuário. O provedor de aplicativo tem papel relevante para chegar à autoria, pois ele dá a chance de se saber qual foi o provedor de conexão que deu porta de acesso. Mesmo que não tenha IP, tem outros metadados. Não é situação cartesiana, mas há boas chances de informações.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Claudia Lima Marques)

Complementa que se trata da dimensão internacional do serviço que impede que no mercado brasileiro haja cumprimento da lei. Os alemães dizem que de tantas árvores não se vê o bosque. O bosque aqui é o justamente o mercado brasileiro. Erik James, em artigo sobre internet, diz que o homem do século XXI quer essas três características da internet: ubiquidade, rapidez e comunicação. O homem quer se comunicar. A ubiquidade quer dizer conexão e aproximação com as pessoas. Quem explora esse mundo digital está fazendo *business*. A responsabilidade é dele. Ele armou essa arquitetura para seu negócio. A aplicação da lei é muito importante. O Marco Civil é constitucional.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Alexandre Rodrigues Atheniense)

Consta nos termos de uso do WhatsApp que ele pode, conforme sua conveniência, fazer a preservação por mais tempo de fotos, imagens e vídeos. No seu entendimento, esse conteúdo tem valor econômico?

Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio (Expositor: Pablo de Camargo Cerdeira)

Diz que sim. Há aplicativos que implementam os mesmos métodos, como o Signal, e que guardam menos metadados. Também não pode colocar a mão no fogo pela segurança do WhatsApp porque é código fechado. No Signal, consegue-se auditar. Com relação à importância disso, faltou dizer que metadados são muito importantes. Na prefeitura do Rio de Janeiro, foram feitas dezenas de projetos utilizando somente metadados. O caso da morte da juíza Patrícia Acioli, no RJ, foi solucionado somente a partir da análise de metadados. Não se violou o trânsito da comunicação. Tem que se pensar no princípio da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Para que se impeça a utilização de criptografia forte é preciso de lei. Supondo que WhatsApp não seja mais criptografado e um usuário utilize outro programa de criptografia e envie mensagem via WhatsApp, como será feito? O cidadão será responsabilizado? Aconteceu com CD. Da evolução faz parte a criptografia forte. É preciso descobrir outras formas de tornar efetiva a presença do Estado. Os Estados Unidos tentaram proibir por duas vezes. Primeiro, nos anos noventa, considerando a criptografia como arma, mas um autor colocou o código fonte em livro e se disseminou. Depois, os Estados Unidos mudaram sua legislação. Mais recentemente, tentaram novamente: pensaram em colocar chip em todos os computadores para impedir criptografia (porta dos fundos). Foi escândalo. Foi em 2001. Agora se discute de novo, no caso da Apple. Não se pode dizer que Apple tem porta dos fundos. A Apple não abriu acesso. O FBI contratou empresa que achou falha no sistema e conseguiu criptografar. A empresa se vale do princípio da legalidade, alegando que nada a obriga a decriptografar.

Instituto dos Advogados de São Paulo (Expositor: Thiago Rodovalho)

Diz que não fez afirmação de que WhatsApp fez modificação por conta do Brasil. O que disse foi que começou a funcionar sem criptografia ponta-a-ponta. Sobre o princípio da legalidade, há o dever de cumprimento de ordem judicial. Não é dado a uma empresa não colaborar com persecução penal. Em segundo lugar, o usuário pode criptografar, essa é corrida que a polícia terá sempre. Agora, isso não retira a relevância desses métodos investigatórios.

Ministra Rosa Weber

Reafirma o quanto esta audiência pública tem sido profícua.

PARTE IV – 05/06/2017

Instituto Beta para Democracia na Internet (Expositor: Paulo Rena da Silva Santarem)

A missão do Instituto Beta é fazer com que a internet possa servir como ferramenta para intensificar a democracia e que a democracia possa fazer gerar mais acesso à internet. A trajetória do instituto tem alguns marcos. Em 2009, o expositor trabalhou na elaboração coletiva do Marco Civil da Internet. Em 2012, tiveram início as atividades do Instituto Beta. É *amicus curiae* das ações aqui discutidas. Primeiramente, existem duas questões jurídicas colocadas: primeira, na ADPF, se o bloqueio judicial é constitucional, e, na ADI, se os artigos 10, 11 e 12 do Marco Civil são constitucionais; com relação à tecnologia, está posto se o WhatsApp é interceptável. A segunda questão é se a criptografia é vulnerável (segurança pública *versus* segurança da informação). No Estado democrático de direito nem todos os métodos são aceitáveis (por exemplo, tortura). O STF está se voltando para as perguntas tecnológicas, mas seu papel é analisar as questões jurídicas. Há respostas possíveis. Autorizar o bloqueio: o STF poderia decidir que o bloqueio é constitucional. Há experiências negativas em todo mundo. O site bloqueios.info.br presta serviço relevante. Não existem experiências positivas em todo o mundo. Impacta a infraestrutura. O argumento utilitarista também é frágil. O que a presença do maior número de câmeras por habitante no mundo trouxe de positivo para a Inglaterra? Segunda solução: condenar a criptografia. Traz analogia de Marcos Gomes (ao invés de chave pública e chave privada, é mais fácil pensar em chave e cadeado). O expositor manda um cadeado para a Ministra e diz, por favor, "responda-me trancando esse cadeado com essa chave". Todos verão o cadeado, mas somente o expositor vai poder abrir. O cadeado é público. A NSA não conseguiu guardar o acesso de suas *backdoors*. Não se pode garantir quem terá acesso às chaves mestras. Uma porta de casa com chave mestra não serve somente para a polícia, mas para os ladrões também. Mutilar o Marco Civil da internet seria verdadeira catástrofe. Já se disse que os dados cadastrais são o verdadeiro petróleo. Os integrantes do Instituto Beta são os novos ambientalistas. Lançarão documento analisando tudo o que foi dito aqui. Preocupam-se se os países em desenvolvimento são utilizados como laboratório de testes. É preciso ter grandeza. A Alemanha voltou atrás com o controle de dados pessoais. A diretiva da União Europeia foi questionada e posta abaixo. A tecnologia sempre avança e a inovação traz sempre novos caminhos

e leva a uma pressão para descentralizar o controle. O Estado democrático de direito pugna por reconhecer a diversidade. O Estado deve reduzir o controle centralizado e nutrir um ambiente evolutivo. Como? Garantido direitos. O Judiciário fica em jogo de gato e rato com a tecnologia (cita artigo de Danilo Doneda sobre o tema). Aplicativos de mensagens têm novas funções infinitas, por exemplo, pagamento por mensagem instantânea. Outro problema a enfrentar a neutralidade de rede. O papel do Instituto não é defender nenhuma ferramenta. A questão vai explodir no *blockchain*. A ideia não pode ser correr atrás. A segunda abordagem seria correr na frente por meio de direitos fundamentais e traçando princípios. O expositor defende que a resposta é reafirmar os direitos dos internautas. Isso é levar os direitos a sério. Lucas Borges de Carvalho afirma que numa sociedade democrática não há nada mais importante que a proteção de direitos. A proteção à privacidade deve ser equipada a direitos fundamentais. Todos devem ser respeitados, ainda que gerem custos para o deslinde de crimes. O Marco Civil faz a tradução da Constituição para o ambiente digital. Deve ser vetado o bloqueio e deve ser mantido o Marco Civil. O Marco Civil ouviu diversas vozes e foi amplamente discutido no Congresso. O Marco Civil foi resposta à fragilidade de segurança. É garantir o valor social da internet. Esta Corte precisa reafirmar princípios. Não temos respostas prontas. A questão é qual é o nosso dever ser. É preciso de princípios compartilhados pela comunidade. A questão da criptografia é questão paralela. O bloqueio jamais trouxe nada de positivo. Ninguém trouxe dados que sejam capazes de afirmar que bloqueios ajudam a resolver casos. O Instituto Beta se preocupa com a tradução entre linguagem da tecnologia e direito. O direito não pode ser fechado em relação aos significados que têm que analisar. Ao mesmo tempo, a tecnologia não pode ignorar o direito. Não podemos fechar nossos olhos a essa dualidade. Colocar o tema entre privacidade *versus* segurança pública é miopia. Privacidade significa traçar a linha entre vida privada e pública. Alguns dizem que não têm nada a esconder, mas não divulgariam a senha do próprio e-mail.

**Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP
(Expositor: Juliano Souza de Albuquerque Maranhão)**

Abordará três temas: se a legislação brasileira obriga os provedores de aplicativos a disponibilizarem o conteúdo das comunicações de seus usuários; se existiria um direito dos provedores de aplicativos a inserirem um programa de criptografia dentro dos seus serviços (trará experiência internacional); por fim, tocará no tema relativo

ao direito do usuário de autoproteção no ambiente digital pelo uso de criptografia. Quanto ao primeiro tema, será breve – esclarecerá interpretação do art. 10. Em palestras anteriores, chegou-se a afirmar que ali estaria embutida obrigatoriedade dos provedores de aplicativos de disponibilizar conteúdo de aplicação produzido por seus usuários. O art. 10, no seu caput, prevê a obrigação de garantir intimidade e privacidade dos registros de acesso e conteúdo. O dispositivo que trata da obrigatoriedade dos provedores a disponibilizar informações mediante ordem judicial fala tão somente que a obrigação se refere aos registros mencionados no caput, ou seja, os registros de conexão e acesso (é diferente de conteúdo). Registros de comunicação são metadados (hora, local, duração ou IP). Isso vem claramente no art. 5.º, Incisos VI e VIII do Marco Civil, de forma que obrigatoriedade diz respeito a metadados porque são disponíveis aos provedores. Quanto ao conteúdo, quando é empregada criptografia de ponta-a-ponta, pode não ficar disponível aos provedores. A obrigação de disponibilizar tem como pressuposto lógico que o dado esteja disponível ao sujeito. Caso o dado não esteja disponível, a obrigação somente se poderia referir à disponibilização do conteúdo criptografado (o que não teria utilidade). As sanções previstas dizem respeito à obrigação presente no caput – a obrigação de salvaguardar a intimidade e privacidade dos usuários. Existe previsão no art. 7.º que dispõe sobre os direitos dos usuários de internet. Trata da inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo ordem judicial. Existe aqui uma previsão de ordem judicial, não perante os provedores, mas perante o próprio sujeito. É também questão distinta da discutida aqui. A resposta à pergunta é negativa: não existe qualquer legislação nacional que obrigue os provedores de acesso ou de aplicativos a disponibilizarem conteúdo produzido pelos usuários. O segundo ponto: o direito constitucional dos provedores em empregar criptografia em seus serviços. Já foi discutido aqui, em exposições anteriores, e foi esclarecido pelo WhatsApp que ele utiliza criptografia forte e assimétrica com pares de chaves que são matematicamente relacionados e que ficam vinculados a cada aparelho. Somente quem detém o aparelho tem acesso às comunicações que são produzidas. Como ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível, a obrigatoriedade de disponibilização de conteúdo não pode ser referir a um passado. A discussão somente faz sentido se for prospectiva. Seria uma espécie de regulação judicial do uso da criptografia pelos provedores no futuro. Nesse sentido, os ministros colocaram questões sobre a possibilidade de acesso ao conteúdo mesmo com criptografia de ponta-a-ponta e possíveis quebras de segurança com

espelhamento para um PC (num espelhamento que não carregasse as chaves) ou alguma forma de desabilitar a função de criptografia de tal forma que se pudesse permitir a interceptação. Essas são formas de quebra de segurança. O WhatsApp, aqui na audiência pública, esclareceu que seu programa não permite essas quebras. Porém, elas podem ser implantadas na programação. Existem outras formas: a manutenção de uma cópia da chave, ou chave mestra, ou mecanismo de *backdoor* (existem várias formas de introdução de *backdoor*, pode ser via um programa de vírus que é capaz de acessar as chaves, ou falha na programação na qual se consegue interceptar a mensagem antes da encriptação ou logo depois da deciptação – isso é possível). Porém, pensando em regulação para o futuro, poderiam ser estabelecidas restrições à criptografia de tal forma que as empresas fossem obrigadas a programar esses acessos. Podemos chamar todas essas formas de acessos excepcionais. A questão é se essa seria uma forma desejável de se lidar com o problema. Existem formas de se restringir a criptografia: uma delas é a proibição absoluta do uso de criptografia (pode ser referir à criptografia forte ou qualquer uso de criptografia); ou então se estabelecer que as empresas que usam criptografia precisam de autorização do Estado para tanto; ou então pode ser a permissão de uso da criptografia com algum acesso excepcional (esse acesso poderia ficar na mão do Estado ou imposto à própria empresa provedora ou poderia ficar a cargo de um terceiro). Dentre essas possibilidades, é preciso combinar com o tipo de atividade que se deseja restringir. A criptografia não é usada somente para a guarda e sigilo de comunicações, mas também é usada em uma série de atividades corriqueiras da internet, como autenticação individual, integridade de documentos, a navegação anônima. Por fim, sobre o sigilo de dados e comunicações. Essas formas de restrição podem se combinar a diferentes tipos de restrições sobre a criptografia empregada. Também é preciso pensar em terceira matriz a ser combinada com esses fatores. Seria preciso estabelecer quais tipos de crimes estão sujeitos a essa discussão (na discussão internacional, o foco prevalente de preocupação é o terrorismo), qual fase da investigação e, por fim, o procedimento. Aqui existem alternativas. A ordem pode ficar a cargo de uma autoridade judicial ou pode ficar a cargo de autoridade administrativa, como é na Índia. Olhando para o mapa [apresentação de slides exibida no dia da audiência], a cor verde mostra os países que têm liberação completa do uso de criptografia. Esse mapa é montado com informações de 2010 e tem algumas impropriedades. O seu grupo está trabalhando na sua atualização. Os países em

vermelho estabelecem restrições severas (temos a Arábia Saudita). Em alguns países há necessidade de autorização específica e o controle é extremamente rígido: são eles China, Rússia, Cazaquistão, Egito, Marrocos, Ucrânia, dentre outros. Geralmente são países com grau muito baixo de liberdade na internet e países de governos autoritários. Apenas para dar alguns exemplos, na Rússia, Putin sancionou lei em 2016 que obriga os provedores a decriptarem. Na China, essa autorização para emprego de criptografia somente é a atribuída a empresas chinesas. A China não exige a chave de encriptação, mas exige a possibilidade de espelhamento. O Cazaquistão tem a legislação mais rigorosa para utilizar a internet. Todos são obrigados a obter um certificado nacional de segurança, que é *software* que fornece a tecnologia de criptografia e mantém cópia das chaves e ainda introduz um mecanismo de *backdoor* para vigilância contínua. O Egito também exige as chaves. Existem outras cores que representam países que têm alguma forma de restrição, mas são restrições mais moderadas. Na Inglaterra, a criptografia é livre e a lei de poderes de investigação que foi aprovada em 2016 permite que o secretário de Estado, mediante autorização judicial, determine que os provedores removam a proteção eletrônica que se assemelha à proposta de desabilitar a função de criptografia por dado período. Na França, os provedores de aplicativos precisam declarar ou registrar, perante Agência Nacional de Segurança da Informação, que a criptografia que é utilizada (não há controle rígido, basta registro e algumas atividades são isentas; por exemplo, autenticação não precisa passar por esse registro). Recentemente, na França, em função dos ataques terroristas, está sendo discutido projeto de lei para obrigar o uso de *backdoor* por provedores. Esse projeto teve parecer contrário da comissão de direitos humanos daquele país por entender que essa função inutiliza a criptografia. As preocupações no âmbito dessa discussão são três, pois a questão é complexa e precisa de debate democrático. As preocupações são as seguintes: primeiro, uma lógica de tudo ou nada. Qualquer acesso excepcional torna o programa vulnerável a ataque de terceiros, de tal forma que a criptografia pode perder o sentido. A segunda é que essas formas de acesso excepcional, especialmente pelo Estado, viabilizam vigilância total. O custo passa a ser zero para interceptação, o que significa que todos podem ser interceptados, muito embora exija autorização judicial. Isso pode ser problema especialmente no Brasil, onde há vazamento de conteúdo de investigação policial. Por fim, a ineficácia. O serviço de criptografia é independente do serviço provido. Isso significa, na hipótese de restrição, que uma organização

criminosa poderia utilizar a criptografia de ponta-a-ponta para acoplar mensagens criptografadas no programa mensageiro. O risco seria que o cidadão comum ficaria vulnerável e os criminosos estariam protegidos. Essas são distintas formas de se regular a criptografia que precisam de debate democrático. Na verdade, sem algum tipo de legislação que regule o tema, não há como não reconhecer o direito à livre iniciativa dos provedores em aplicar a criptografia. Em relação ao argumento de que o WhatsApp não usava criptografia, a liberdade de iniciativa prevê aspecto dinâmico como fundamento organizacional da ordem econômica. É a liberdade do empresário para atender às demandas dos usuários e se organizar para isso. Portanto, como há demanda forte por segurança, nada mais correto que reconhecer os direitos dos empresários de se organizarem para atender essa demanda atendida.

Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP (Expositor: Nelson Posse Lago)

Dividirá sua fala em três partes. Falando especificamente de mensagens trocadas por aplicativos, argumentará que não há base constitucional para interceptação. Criptografia e comunicação são diferentes. São diferentes o uso do serviço e o provimento da ferramenta. A ideia de criptografia é como jogo de tudo e nada – qualquer tentativa de harmonização terá benefício pífio e custo alto. Falando da primeira parte, mesmo não sendo advogado, dará alguns palpites. O art. 5.º da Constituição dispõe que a correspondência é inviolável, exceto comunicação telefônica. Parece incluir tudo análogo à telefonia. Nas mensagens instantâneas, assim como no e-mail, há o emissor que envia uma mensagem. Essa mensagem fica temporariamente armazenada nos servidores e é entregue compulsoriamente para o destinatário. Isso é similar ao serviço postal. Quando se envia uma carta, ela permanece no poder dos Correios por certo período. Não é interessante a interceptação dessa carta porque há outros meios de acesso (por exemplo, busca e apreensão). No entender do palestrante, as mensagens de aplicativo se enquadram no mesmo processo. Os aplicativos registram cópia do que foi enviado. É diferente da comunicação telefônica, que não deixa nenhum rastro. Por isso, só excepcionalmente a comunicação telefônica pode ser interceptada. O e-mail passa por um processo parecido: chega numa caixa postal, que fica na empresa provedora de serviço, disponível para o indivíduo pegar quando quiser. Esse caso já não se sabe se enquadraria, do ponto de vista jurídico, como uma caixa postal de verdade. A mensagem em trânsito parece ser análoga a

uma carta. Não se pode chegar a extremos e pensar que tudo que é digital é igual ao analógico e vice-versa. Há especificidades. Primeiro, existem os registros de envio e recebimento da mensagem nos aparelhos. Segundo, existem algumas coisas a mais, as quais o pessoal de investigação teria acesso por meio do aplicativo. É claro, a vantagem do aplicativo é a velocidade. Ele se aproxima da telefonia por isso, mas, por outro lado, deixa todos os registros. Se for possível apreender o aparelho, pode haver material suficiente para implicar várias pessoas que estão envolvidas naquela comunicação única. Há mais dados que em cartas. A questão dos metadados precisa ser frisada. Existem registros de metadados de forma mais ampla do que nos correios. O poder dos metadados não foi frisado suficientemente. Consegue-se obter muita coisa a partir deles. Há um universo de informações que não há em outras formas de comunicação. O equilíbrio aqui não está distante do equilíbrio que há com os Correios, por exemplo. Todavia, num certo sentido, é mais favorável à *law enforcement* (há mais material). Há a expressão "dados" na Constituição. O que isso quer dizer? Parece que abrange *chats*, mas as mensagens instantâneas talvez não se enquadrem. A segunda parte é sobre a questão de comunicação e criptografia. No e-mail, há o próprio serviço de e-mail e outros que fazem programas para que acessemos nossos e-mails. São coisas independentes. Algumas vezes, o e-mail pode ser compatível com criptografia. O usuário pode criptografar uma mensagem e enviar por meio do provedor de serviço de e-mail. Em um aplicativo como WhatsApp, a mesma empresa fornece as duas coisas. Há fatos diferentes: existe serviço de comunicação que roteia uma mensagem de cá para lá. E existe outra coisa, que é o produto que a empresa fornece que dá suporte à criptografia. Esse produto é manejado pelo usuário. Quem criptografa é o usuário. A reponsabilidade da criptografia é do usuário e não do fornecedor da ferramenta. Tanto é assim, que nada impede que o WhatsApp entenda que é muito trabalho esse problema legal e disponibilize o código Signal na internet (basta algumas semanas de trabalho de um programador para desenvolver aplicativo independente do WhatsApp para criptografar; depois, a mensagem criptografada poderia ser enviada via WhatsApp). A partir desse momento, a responsabilidade legal não pode cair sobre o WhatsApp ou sobre o desenvolvedor de aplicativo independente. Como afirmou o professor Juliano, não existe nada no ordenamento jurídico que proíba ferramentas criptográficas, até porque criar esse tipo de coisa seria da alçada do Legislativo e geraria muitos problemas no seu uso lícito, que é maior que seu uso ilícito. É como armas. Sobre a questão de armamento

na mão da população, daria para argumentar que haveria muitos usos ilícitos, mas no caso da criptografia a proporção de licitude é maior. Terceira parte: a busca do equilíbrio. É importante lembrar que, na década de 70, o grampo telefônico era feito no poste. Envolvia esforço relativamente grande. Isso coibia abusos do Estado e escutas ilegais. O colega da manhã estava dizendo que as empresas telefônicas atendem cerca de 1.000 requisições por dia com equipe de 400 a 500 pessoas. Desse número, uma parte significativa cuida da infraestrutura. Mesmo assim, é possível presumir que cada uma dessas pessoas atende duas requisições por dia. Então, é muito fácil hoje em dia. Como, aliás, foi o caso de José Dirceu, em que se autorizou a quebra de sigilo de uma região inteira de telefonia celular. Hoje isso é muito fácil. Envolve pouca gente, é fácil ser feito ilegalmente. Há vários problemas quando se fala em interceptar dados hoje. Daí veio a criptografia. Ela surgiu na realidade prática. Se alguém tiver banco de dados de clientes, a qualquer hora alguém pode copiar e vender esses dados. Há vários riscos para empresas. No caso do WhatsApp, eles se protegem da necessidade de ter *data centers* cheio de guardas e de estrutura de segurança para garantir aquele dado. A criptografia reduz custos e resolve problema prático. Talvez seja esse o ponto: os agentes da lei dizem, com razão, que há aumento de riscos por conta das tecnologias em relação às tecnologias antigas. Mas a recíproca é verdadeira, aquilo que era um risco pequeno para os privados pode aumentar e se tornar de massa. Também do ponto de vista do Estado, quão cômodo seria para os agentes da lei interceptarem um alto número de pessoas que o Estado acha que trariam algum problema. É um risco real porque o custo e o número de pessoas envolvidas para fazer isso são muito pequenos. A solução intermediária, que seria enfraquecer a criptografia, é muito complicada. Não haveria como conter esse enfraquecimento. A comunidade *hacker* descobre uma falha e rapidamente isso se espalha. Precisa-se de um meio termo. Esse meio termo já existe: é a utilização dos metadados, que fornecem material mais do que suficiente para o trabalho do investigador. Os metadados cumprem o papel de fornecer equilíbrio. Em suma, não vejo como embasar uma interceptação de mensagens do ponto de vista da Constituição. Segundo, do ponto de vista da responsabilidade, não faz sentido misturar a comunicação e a responsabilidade pelo serviço com o provimento de um produto de criptografia e o uso desse produto pelo usuário. Terceiro, nessa busca entre o equilíbrio entre o interesse privado e o investigativo, o sistema legal brasileiro já chegou ao meio termo de coleta de metadados.

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (Expositor: Rafael Augusto Ferreira Zanatta)

Agradece pelo ambiente democrático da Corte. O IDEC é organização civil sem fins lucrativos. Existe há 30 anos e há 10 anos tem atuação nos direitos relacionados à comunicação e internet. Tem acompanhado com preocupação a jurisprudência relativa ao caso WhatsApp. Desde 2015 tem notas públicas relacionadas ao bloqueio. Sua apresentação está estruturada em quatro argumentos: resgate da doutrina de proteção de dados pessoais no Marco Civil e retomada da arquitetura do Marco Civil como um todo; segundo, explicação do motivo pelo qual as decisões de bloqueio falham ao passar por um teste de proporcionalidade, se for considerado um conjunto de lesão de direitos decorrentes do bloqueio; terceiro, discussão sobre a relação entre o uso de técnicas criptográficas e a proteção de direitos humanos (trará relatório da ONU sobre o assunto e sua profunda relação com o Marco Civil). Por fim, defenderá a tese do IDEC de que há inaplicabilidade das sanções do art. 12, quando um provedor utiliza técnicas criptográficas e não viola a intimidade do usuário. Discutirá, no final, algumas das alternativas. Primeiro ponto: um olhar sobre a arquitetura jurídica do Marco Civil da Internet. O IDEC participou ativamente de todo o processo de elaboração legislativa do Marco Civil e dos processos de consulta pública e discussões no Congresso para redação final. É preciso olhar como um todo. O Marco Civil tem liberdade de expressão como fundamento do uso da internet e também tem outros pilares que devem ser retomados: proteção dos direitos humanos, proteção da privacidade, defesa do consumidor e finalidade social da rede. A interceptação de comunicações não é um dos pilares do Marco Civil da Internet. O Marco Civil tem desdobramento lógico. Depois dos princípios, no artigo sétimo, são afirmados os direitos dos usuários: direito básico do sigilo do fluxo de comunicação, informações claras sobre processo de coleta, tratamento e transferência dos fluxos de dados de utilização de uma aplicação. Há consenso na doutrina (e vários afirmaram isso aqui), os arts. 10, 11 e 12 estão alocados em capítulo que trata da proteção de dados pessoais e das comunicações privadas. Isso é reconhecido pela AGU – que reconhece o argumento do CGI de que os arts. 10, 11 e 12 tratam de proteção dos dados pessoais. Eles tratam de algo muito precioso dentro da internet, que é a definição de obrigações positivas às aplicações de internet com relação à privacidade dos seus usuários, aos processos de coleta e tratamento dos dados pessoais da comunicação privada e a possibilidade de mecanismo sancionatórios quando o provedor de aplicações

descumpre essas regras. Isso veio num contexto de Snowden quando houve grande debate na esfera pública brasileira para colocar isso para as empresas de internet e garantir o direito do consumidor. Portanto, não há referência na doutrina sobre Marco Civil da Internet que diga que o art. 12 serve para punir empresa que se recusa a fazer transmissão de comunicação privada de seus usuários. Os mecanismos sancionatórios são previstos para quando há um descumprimento de proteção de dados pessoais. Dá exemplo muito concreto (com que trabalhou no IDEC pessoalmente e que envolve WhatsApp). O WhatsApp fez mudança no ano passado no seu sistema de uso (em agosto). Implementou essa mudança de forma unilateral para todos os seus usuários. O IDEC detectou que naquele momento faltou clareza, por parte do WhatsApp, de como eram as mudanças nos termos de uso e qual era o conjunto de metadados que passariam a ser coletados. O IDEC fez pesquisa com 2.500 respondentes que nos mostrou que os usuários do WhatsApp estavam extremamente confusos: não sabiam exatamente que tipo de dados era coletado e o que seria compartilhado com a empresa do grupo Facebook Inc. (que envolve mais de trinta e oito grandes empresas). Na avaliação do IDEC, naquele momento, houve violação do art. 7.º, inc. VII, que é o não fornecimento a terceiros de dados de aplicação sem o consentimento livre e informado, e violação do art. 7.º, inc. VIII, com relação a informações claras e completas. Portanto, é justamente no caso de falha na clareza da informação que se poderia recorrer aos arts. 10, 11 e 12. Foi isso o argumentado perante a Secretaria Nacional do Consumidor. O IDEC pediu a aplicação das sanções gradativas do art. 12. Pediu advertência, depois multa e, somente em última hipótese, a suspensão temporária de coleta de dados. Isso não significa bloqueio do aplicativo. Na visão do IDEC, há diferença. Isso aconteceu em outros países do mundo: o WhatsApp deveria cessar o compartilhamento de informações com Facebook, mas isso não levaria necessariamente a um bloqueio. Na visão do IDEC, seria correta a aplicação das sanções do art. 10, 11 e 12 quando há violação da obrigação de proteção de zelo e de tutela dos dados pessoais. Com relação ao princípio da proporcionalidade, o Ministério da Justiça disse que decisões sobre bloqueio devem ser corrigidas com base no princípio da proporcionalidade, pois o ordenamento jurídico protege a livre manifestação do pensamento e a comunicação. Uma das primeiras decisões foi a do Desembargador Raimundo Alencar, do PI, que argumentou que em hipótese alguma se justificaria a interrupção a todo o serviço e que não se poderia paralisar um aplicativo utilizado por milhões de pessoas em prol de uma

investigação com número limitado de suspeitos. O IDEC, em 2015, publicou nota técnica dizendo que o bloqueio violava o princípio da proporcionalidade porque não considerava os direitos consumeristas nesse teste de proporcionalidade. É importante destacar esses direitos consumeristas. O Art. 4.º do CDC estabelece o atendimento das necessidades dos consumidores por parte dos agentes estatais. Esse mesmo art. 4.º, inc. II, reza que ação governamental deve se pautar pela garantia dos serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. O art. 6.º, inc. VI, diz que é direito básico do consumidor a prevenção de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos. O que ficou claro para o IDEC é que milhões de pessoas foram afetadas e tiveram grau de dano causado porque dependiam da aplicação para sua vida cotidiana. O WhatsApp hoje se tornou importante não só para contato entre amigos e familiares, mas para a relação de empreendedorismo que se tem no Brasil, muito mais essencial do que telefonia fixa (apesar do WhatsApp não possuir a categoria jurídica de serviço essencial nem de telecomunicações). Mas quando foi realizado esse teste de proporcionalidade relacionando a gravidade da falta e da sanção aplicada ao WhatsApp, percebeu-se que, primeiro, essas decisões não levavam em consideração a consequência dessas sanções a terceiros e o potencial de lesão das medidas sancionatórias (incluindo aqui os direitos consumeristas). Na interpretação do IDEC, as decisões falharam ao passar no teste de proporcionalidade. Há, sim, potencial lesão de direitos, especialmente aos consumidores, para obterem a continuidade de um serviço prestado (fala-se aqui de consumidores de um serviço prestado). Com relação às técnicas criptográficas, as explicações do IDEC de como funciona a criptografia ponta-a-ponta foram submetidas por escrito. Aqui se quer concentrar na relação dessas técnicas com a garantia de direitos. O IDEC tem participado de vários fóruns anuais, inclusive na ONU (*Internet Governance Forum*). A relação entre direitos humanos e tecnologia tem se tornado discussão cada vez mais central, especialmente no uso da criptografia. Há consenso do IDEC e de outras organizações civis de que a criptografia ponta-a-ponta é benéfica para o consumidor. *Encryption Working Group* é relatório publicado pelo Congresso dos Estados Unidos por comissão tanto de republicanos quanto de democratas. É relatório interessante sobre os dilemas gerados pelo uso de criptografia. Mas, ao final, eles colocam duas questões: primeiro, como promover o uso da criptografia para um maior número de empresas e para um maior número de consumidores, reconhecendo ali a segurança da informação como uma possível

reinterpretação do velho direito de segurança dos consumidores estabelecido pelo CDC e, invertendo a questão, como o próprio governo pode usar a criptografia nas suas agências e no provimento de serviços aos cidadãos? Para além desse documento recente do Congresso Americano, existe um documento mais importante para o IDEC, que é o documento do relator especial para a proteção do direito à liberdade de expressão da ONU, Sr. David Key, que, em 2015, publicou relatório importante sobre como a privacidade obtida pela criptografia funciona como portão de entrada ao exercício da liberdade de expressão. Existe relação umbilical entre liberdade de expressão e uso de criptografia. Esse relatório da ONU tem argumento importante: qualquer restrição na criptografia deve ser vista de maneira extremamente restritiva, conformando-se a um teste de necessidade, adequação e proporcionalidade para se atingir o objetivo específico. Com relação ao argumento final da inaplicabilidade artigo 12, inc. III e IV, quando o provedor de aplicação utiliza técnicas de criptografia que inviabilizam o acesso ao conteúdo das comunicações privadas, o IDEC entende que é aplicável por conta de coerência lógica com a arquitetura jurídica do Marco Civil da Internet (isso se conecta com seu primeiro argumento). Os mecanismos sancionatórios são para quem descumpra deveres de proteção de dados pessoais e de privacidade, e não ao contrário. É inaplicável por falhar no teste de proporcionalidade porque infringe o CDC, há violação da liberdade de expressão de terceiros não relacionados com investigações criminais e há limitação da livre iniciativa e finalidade social da rede. Uma anedota: conversando com um cidadão nigeriano que trabalha há tempos no Brasil como vendedor de arte e manufaturas que traz da África, o expositor disse que participaria desta audiência pública. O nigeriano ficou empolgado, dizendo que o WhatsApp é o instrumento de sobrevivência do seu negócio (ele tem página no Facebook e usa o WhatsApp para fazer todo o processo de negociação e obtenção dos endereços aonde ele vai entregar a mercadoria). Está há dezessete anos no Brasil, é empreendedor. Falou que fica desesperado quando houve falar dos bloqueios, pois se sente prejudicado com eles. Isso demonstra a percepção dos usuários quando há bloqueios. Na opinião do IDEC, é possível concentrar o debate nos procedimentos de requisição de metadados já previsto legalmente; na obtenção de mandados de busca e apreensão para aparelhos celulares como outra técnica de investigação criminal; no fortalecimento de acordos de cooperação judiciária; na última possibilidade (talvez um pouco temerária, mas que foi colocada no debate técnico), que é a exploração de vulnerabilidades técnicas em *softwares* comerciais

pelo próprio governo e autoridades de investigação, chamado de *government hacking* pela literatura especializada nos Estados Unidos. Isso é para ressaltar que existem possibilidades para atender aos anseios da persecução criminal e segurança pública. Não se pode enquadrar esse debate como interesses comerciais de uma empresa *versus* segurança pública, ou como falso embate entre privacidade e segurança pública. Não enxergam dessa forma. Há tensão entre segurança e segurança ou entre direitos fundamentais e segurança pública. Mas não colocaria os termos desse debate entre os interesses de uma empresa se contrapondo à soberania nacional. A questão é bastante complexa e envolve emaranhado jurídico que não está somente restrito ao Marco Civil da Internet, mas a direitos fundamentais e Constituição, ao CDC (que se aplica a esse caso e deve ser levado em conta em testes de proporcionalidade nos casos de bloqueio de coleta de dados pessoais).

Espaço dialogal

Rosa Weber

Em que sentido o bloqueio de aplicativos de mensagens por meio de ordem judicial pode ser compatibilizado ou não com o princípio da neutralidade da rede? Há algum cenário em que o bloqueio do aplicativo atenderia ao princípio da proporcionalidade?

Edson Fachin

Ao professor Nelson Lago: o Marco Civil da Internet falha ao não garantir literalmente o uso de tecnologia de proteção de sigilo, criptografia, como ferramenta para proteção dos dados? Como o código livre poderia auxiliar essa proteção? De Rafael Zanata do IDEC a Juliano Maranhão da USP: a obtenção, por decisão fundamentada, de metadados é uma das soluções adequadas para investigações criminais e os anseios da PF e MPF? Poderia aprofundar o argumento de que os usuários da internet possuem um direito de autoproteção? De Paulo do Instituto Beta a Juliano Maranhão: há países conhecidos como democráticos que impõem limitação jurídica à criptografia? Para Rafael Zanata: Qual o risco social de o Estado se valer de falhas zero (ou *zero days*)? O consumidor pode ser lesado por terceiros? Isso quebra o princípio da legalidade? De Rafael Zanata para Paulo do Instituto Beta: há bases jurídicas no Marco Civil da Internet para se afirmar que o uso de técnicas criptográficas é um direito? Perguntas da parte do Ministro Fachin: a restrição ao uso de metadados não seria, em tese, um incentivo para que se adotem programas de acesso excepcional?

Do ponto de vista da segurança e da privacidade, o uso de metadados não seria, em tese, mais invasivo que um sistema de acesso excepcional?

Instituto Beta para Democracia na Internet (Expositor: Paulo Rena da Silva Santarem)

Quanto à pergunta da Ministra Rosa, o bloqueio é tecnologicamente incompatível com a neutralidade de rede na medida em que exige a inspeção profunda dos pacotes. Há, é importante frisar, de forma inédita no mundo, a neutralidade de rede como uma norma legal – não é apenas conceito técnico. Hoje há legislação que impede que o provedor de conexão interfira na troca dos pacotes de dados. Para fazer o bloqueio, o provedor tem que agir fora das hipóteses legais da neutralidade de rede. E as hipóteses são restritas e estão expressamente enumeradas no Marco Civil. O bloqueio se mostra claramente desproporcional. Lembra da primeira hipótese de bloqueio no Brasil citada pelo professor Demi do CGI a respeito do caso Daniela Cicarelli (é episódio bastante machista porque ninguém lembra do namorado dela à época – Tato Malzoni; só ela ficou conhecida por tentar impedir o acesso do Brasil ao YouTube). Hoje essa Audiência não poderia ser visualizada por milhões de pessoas se o pedido tivesse sido atendido. Todos os interessados nesse debate estariam sendo prejudicados e fica claro que essa seria uma decisão desproporcional. O vídeo não foi excluído da internet, nesse caso, mas se atingiu a infraestrutura. Quanto à pergunta do Ministro Fachin, se a restrição ao uso de metadados não seria, em tese, um incentivo para que se adotem programas de acesso excepcional, esse é o argumento principal do Professor Demi (CGI), de que a internet contorna as dificuldades. Então, banir uma tecnologia vai fazer com que, permanecendo a demanda por segurança, outra seja criada. Seria um jogo de gato e rato em que ninguém tem a ganhar. Os criminosos vão à frente e as pessoas comuns estariam desprotegidas. Sim, se todos souberem para quem o expositor liga às duas horas da manhã, cinco dias da semana, e se essas ligações não forem para sua esposa, isso será um problema. Os metadados revelam muito mais inclusive do que o conteúdo. Do ponto de vista da tecnologia, o armazenamento deles envolve pouco espaço e a comunicação é amplificada. Comunicação, processamento e comunicação sobre humanos (e podemos dizer, desumanos). Não temos condições de controlar o que os metadados dizem sobre nós. E, finalmente, não tenho como dizer outra coisa, senão que a criptografia é um direito. O Marco Civil da Internet, como foi proposto originalmente, trazia isso

expressamente, no art. 8.º. Se pudesse fazer alteração no texto do Marco Civil, hoje, seria colocar expressamente a criptografia como um direito.

Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP (Expositor: Juliano Souza de Albuquerque Maranhão)

Com relação às questões que foram colocadas para o expositor, traz exemplo para ilustrar a força dos metadados. Na semana que vem participará da Conferência Internacional de Inteligência Artificial e Direito, que acontece na Inglaterra. Um dos trabalhos apresentará um *software* que é capaz de prever quando dois ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos vão divergir. A hipótese parece se referir ao conteúdo de decisões anteriores, da ideologia, se o *justice* é conservador, quais as convicções expressadas em outros casos. No entanto, as previsões que tiveram acerto superior a 90% em relação à divergência diziam respeito a três fatores: posição em que os *justices* sentam no tribunal, tamanho do voto e número de citações. São três dados sobre as decisões não relacionados ao conteúdo delas. Isso mostra a força dos metadados. Pode-se conseguir mais eficácia com base nisso do que se for lido o conteúdo de uma comunicação. Com relação aos metadados, por eles terem essa força, precisam de alguma forma de controle. No Brasil ainda não foi aprovada uma lei de proteção de dados, como ocorre em diversos países. O direito em jogo é o direito de autodeterminação informacional, que nada mais é que o direito de cada um poder controlar e participar do debate público que diga respeito ao controle do seu perfil. Com os metadados, o perigo é a perda do controle desse perfil que é construído por empresas ou pelo Estado em relação ao indivíduo. Mas o expositor não vê relação entre controle de metadados e argumento a favor de acesso excepcional. Na verdade, o controle dos dados e legislação tem menos a ver com a recusa em fornecer os dados e mais com o controle sobre aquilo que vai ser feito com os dados. Isso significa permitir que o indivíduo participe e saiba do uso que é feito desses dados. Então, não seria questão de impossibilitar o acesso aos dados, mas de fazer uso autorizado. Se autoridade policial tem acesso a esses dados e tem autorização para fazer o uso do dado colhido, não haveria propriamente um problema. Se há países democráticos que estabelecem limitações? Existem algumas limitações brandas, por exemplo, na Inglaterra, onde o Secretário de Estado pode pedir que a proteção eletrônica seja desabilitada temporariamente; o Conselho Europeu, desde setembro do ano passado, tem se reunido e distribuiu entre seus membros

questionários em que cada um dos membros da Comunidade Europeia descreve quais são as técnicas que utilizam para investigação, quais são os desafios que encontram e quais as regras dentro de cada país. Provavelmente, pode sair alguma diretiva e uma das discussões é o uso de *backdoors*, mas tudo isso passa por uma discussão muito aprofundada e cuidadosa antes de sua implantação. Sobre o direito de autoproteção, é importante levar em consideração o que se protege com o sigilo das comunicações. O que se protege não é propriamente o dado da comunicação, mas a liberdade de agir. A confiança no sistema de comunicação permite ao usuário não se sentir constrangido e não passar a controlar aquilo que diz ou a que mensagem envia. O que se protege é o exercício da liberdade de pensamento de tal forma que o fundamento é a liberdade de expressão. Dentro dessa proteção, o que o Estado faz é punir violações ou neutralizar os efeitos dessas violações. Essa é forma de proteção que é dita de inviolabilidade, mas que, na verdade, somente existe porque a comunicação é violável. Agora aparece uma proteção que é absoluta (criptografia). A questão é que, atualmente, as comunicações digitais tomam grande parte da vida privada dos indivíduos e cada vez mais aparecem formas variadas de ataque cibernético. E, muitas vezes, o indivíduo e mesmo o Estado são incapazes de proteger o cidadão desses ataques, por acontecerem por servidores que estão fora do país, por agentes ou muitas vezes por ataques a dados que estão em nuvem. Então, existe limitação do Estado em possibilitar essa inviolabilidade. E, mesmo quando ela é possível, a criptografia é capaz de proteger melhor. Nesse sentido, entende cabível direito de autoproteção. E concorda com Rafael Zanatta de que a questão e jogo aqui não é o desafio de uma empresa ao Leviatã, mas há uma questão nova de tecnologia que de fato torna inviolável e cria espaços de atuação que são inalcançáveis pelo Estado. E a questão é efetivamente de repactuação da sociedade civil. O Leviatã vai tolerar esses espaços em nome de uma tecnologia que efetivamente garante um direito que é reconhecido constitucionalmente – o direito à privacidade? Essa é a questão central que está em jogo.

Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP (Expositor: Nelson Posse Lago)

Vai responder à pergunta de se o Marco Civil falhou ao não mencionar a criptografia como um direito. Prefere encarar a partir do princípio de que o que não está proibido está permitido. Então, está garantido que se pode usar a criptografia. Dessa maneira, a princípio, não seria nem necessário mencionar no Marco Civil que se pode usar. Mas, se há alguma dúvida, talvez fosse importante colocar. Porém, é uma faca de dois gumes, pois talvez daqui a alguns anos surja outra tecnologia que seja mais adequada para essa proteção. Implementar um sistema novo de criptografia não é muito difícil, pois existem ferramentas prontas que qualquer um pode usar e adaptar (não exige um grande programador). A Ministra pergunta se o bloqueio é incompatível com a neutralidade de rede. No seu entender, não. A neutralidade de rede é para evitar um tipo de exploração econômica que fragiliza o uso da internet no país. Isso não tem nada a ver com decisão judicial. Neutralidade de rede não seria incompatível com o bloqueio. Na lei diz que se pode ignorar a neutralidade da rede em função de emergências e não vê por que não se poderia incluir a ordem judicial aí. Não é coisa que deve ser feita toda dia, mas não há um impedimento legal direto. Se metadados funcionam bem? Existem inúmeros exemplos que sim. O que se pode extrair de metadados é assustador. O Legislativo precisa restringir. Se a coleta de metadados tem tanto poder, ter acesso excepcional não seria melhor? Diz que seria melhor se fosse possível ter acesso excepcional, mas o que defende é que o acesso excepcional fatalmente se tornará ordinário. Nesse sentido, acesso excepcional não funciona. O metadado é muito poderoso, mas é mal menor. Alguém acusou os que defendem a criptografia de que teriam propalado a ideia de que se a criptografia fosse quebrada, chegaríamos a um mundo tenebroso. Os agentes da lei dizem que, se não houver quebra da criptografia, não poderão fazer seu trabalho. Isso não é verdade. Existem diversas técnicas de investigação. Há perdas, mas a questão é encontrar o equilíbrio e o nosso ponto é afirmar que quebrar criptografia tem custo alto e benefício pífio. A facilidade com que a pessoa pode migrar para outro aplicativo é ridícula. Alguém pode dizer: "mas as pessoas não vão migrar". Isso não é verdade. No momento em que os agentes influentes resolvem migrar, a massa migra. No momento em que o pessoal mais técnico disser que o WhatsApp tem problema de criptografia, as pessoas vão migrar. Não é decisão do único criminoso que se preocupa com privacidade. Não. Todos migram. Foi citado o caso da Inglaterra e vale lembrar que criminosos

usaram o WhatsApp para ataque terrorista, mas também usaram transporte público (e nem por isso exigimos que as pessoas se identifiquem quando pegam ônibus). Como as autoridades usariam as informações? Se sabem que fulano é suspeito, há outros mecanismos de obter dados. Se não há suspeitos, então está se pressupondo que fazendo vigilância completa sobre todo mundo é possível evitar aquele ataque. Isso é inaceitável do ponto de vista do Estado.

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (Expositor: Rafael Augusto Ferreira Zanatta)

Sobre decisões de bloqueio e proporcionalidade, na contribuição escrita que o IDEC enviou à Corte, examinou testes procedimentais para o agente decisório ao interpretar corretamente o art. 12, tendo em vista a proporcionalidade. Primeiro, tem que ser pensado o fato lesivo ou a falta cometida pelo provedor de aplicação. Existe diferença muito grande entre falta cometida pelo dever de proteção de dados pessoais ou de privacidade pela impossibilidade técnica (não seria possível fazer a entrega de comunicações privadas criptografadas). Paralela a essa primeira pergunta, qual é a distinção, em termos de gravidade, entre impossibilidades técnicas de cumprimento de ordem de interceptação e obstrução de justiça em caráter doloso? A segunda contribuição do IDEC é pensar que o teste de proporcionalidade não envolve somente um olhar para a segurança pública e um olhar para o provedor de aplicação e fato lesivo. Entende que é fundamental incluir no teste de proporcionalidade os terceiros, os usuários, os consumidores, que estão tutelados pelo Marco Civil. Esse teste de proporcionalidade deveria avaliar de que modo o bloqueio afeta terceiros não relacionados diretamente com o processo. Em segundo lugar, existe potencial lesão de direitos na aplicação dessa medida sancionatória ou ela é aplicada para proteger direitos? Pensemos em caso abstrato de um novo provedor de aplicação, que é um aplicativo de seguro que faça coleta de todos os dados e informa incorretamente no seu termo de uso que os dados que coleta é para sistema de precificação diferenciado. Haveria falta de clareza e finalidade ilegítima no uso e coleta de dados pessoais. A empresa é multada, recebe advertência e tem seus bens arrestados e chega-se à situação limite da suspensão temporária do mecanismo de tratamento desses dados (não necessariamente tirar a aplicação do ar envolvendo a camada de infraestrutura). Esse caso passaria no teste de proporcionalidade? A decisão de suspensão das atividades de coleta e tratamento serviria para proteger direitos de

uma coletividade e não a situação contrária, em que a decisão de suspensão de atividades afetaria todo um conjunto de pessoas sem proteger os direitos delas (liberdade de expressão, direito de utilizar um serviço de modo contínuo sem que houvesse alguma violação de proteção de dados pessoais ou privacidade no caso em tela). Acha que é importante que, nesses casos, o teste de proporcionalidade seja refinado pela Corte. Parece uma tarefa muito nobre sair da abstração de que deve ser aplicado o teste de proporcionalidade e chegar a uma especificação jurisprudencial de como se aplica esse teste em relação ao Marco Civil. Com relação à pergunta do Paulo Rena, sobre vulnerabilidade *zero day*, isto é, a possibilidades do governo identificar uma falha e, no primeiro dia em que é descoberta, explorar isso como uma espécie de *hackeamento* governamental para investigações criminais, isso somente foi mencionado como uma das últimas hipóteses, pois não é recomendado por nenhum especialista como uma opção a ser perseguida, nem mesmo pelo Congresso americano, que se deparou com o caso Apple/FBI. No documento mencionado pelo IDEC, *Encryption Working Group* (relatório publicado pelo Congresso dos Estados Unidos, elaborado por comissão tanto de republicanos quanto de democratas, de dezembro do ano passado), na discussão que fazem sobre *government hacking* (possibilidade de exploração de falhas *zero day*), a pergunta fundamental é: qual a consequência de se adotar isso como política pública? É violação dos direitos fundamentais dos cidadãos americanos. O relatório não apresenta respostas, nem o IDEC tem. O importante agora é formular as perguntas corretas ao se deparar com técnicas de investigação criminal. O IDEC está bastante seguro de que há um conjunto de opções a serem perseguidas por órgãos de investigação criminal que não passariam por nenhuma medida arbitrária de banimento de encriptação forte ou de implementação forçada de *backdoor*, pois, como foi falado por diversos especialistas aqui, essas opções trariam consequências muito negativas em termos de proteção de direitos e fragilizariam a todos e colocariam as pessoas em situação de insegurança coletiva, o que tem toda conexão com o Código de Defesa do Consumidor.

Ministra Rosa Weber

A realização desse diálogo precedente ao julgamento da ADI e ADPF nada mais faz do que atender ao comando da Constituição Federal do caráter democrático do Estado de direito que ela instituiu. Em segundo lugar, quer registrar sua visão no sentido de que a iniciativa dela e do Ministro Fachin foi coroada de êxito pela qualificação dos

expositores de todos os dias, trazendo esclarecimentos técnicos e enfrentamentos juridicamente relevantes, que estão envolvidos no julgamento dessas ações em seus diferentes enfoques. Ao final deste encontro do STF com a sociedade e com a cidadania, todos saem enriquecidos com um verdadeiro aprendizado. Pessoalmente, afirma ser grata por isso e tem certeza de que esta audiência pública oportunizará um julgamento mais adequado e mais justo graças ao que se pôde compartilhar e às reflexões que essas exposições ensejarão. Agradece ao Ministro Fachin pela parceria na audiência pública. Agradece a todos os servidores da Casa.

Ministro Edson Fachin

Agradece à sensibilidade e lucidez de Ministra Rosa Weber, que possibilitou uma audiência pública a quatro mãos com espaço dialogal no qual os convidados são chamados não apenas para um monólogo, mas àquilo que é muito caro ao constitucionalismo dialógico contemporâneo, que é o intercâmbio de ideias. Ao fim, se, em um dado estado da arte, o STF precisa desatar os nós que as controvérsias suscitam, a rigor, na última *ratio*, a palavra vem da sociedade. Daí porque mais importante do que proferir decisões em julgamentos é que a decisão seja legítima ponte por meio da qual se chega ao outro lado da margem da controvérsia. Foi a sensibilidade e lucidez da Ministra Rosa que tornou esse momento possível. Agradece pela honra e alegria de estar ao lado da Ministra no Supremo Tribunal Federal. Agradece ao Ministério Público Federal pela presença da Exma. Sub-Procuradora Geral da República desde o primeiro dia. Agradece aos expositores, aos demais presentes e também agradece ao corpo técnico do Tribunal (especialmente à assessoria dos dois gabinetes). À guisa de encerramento, faz a seguinte síntese: agradece a todos que atenderam a chamada formulada conjuntamente pela Ministra Rosa Weber e pelo próprio Ministro Fachin para debater as questões técnicas relacionadas à ADI e à ADPF, que foram fios condutores dos trabalhos. Agradece fazendo votos de que todos permaneçam ligados na tarefa do exercício jurisdicional, que, para além dos seus afazeres como integrantes desta Corte, é um trabalho conjunto e dialogal. O principal enfrentamento deste Tribunal no controle de temas complexos, como são, por exemplo, aqueles relativos ao Marco Civil da Internet, é, dentre outros, a limitação da linguagem jurídica para versar sobre outros aspectos da vida pública. Há aqui algo que se traduz em verdadeira diferença de racionalidade. A audiência pública é, portanto, um instrumento para promoção de uma correspondência,

ainda que breve, entre essas esferas do mundo da vida. A palavra que a literatura ou a doutrina tem tradicionalmente designado para esse tipo de atividade é a de ajuste de expectativa cognitiva, que é feita pelas perguntas formuladas ao expositores, assim como por aquelas que foram diretamente elaboradas por eles. Muito foi apreendido durante os dois dias de trabalho. O que aqui se trouxe representa o atual estado da arte sobre as aplicações de tecnologia e informação. Aprendemos, também, que a técnica evolui de forma muito mais célere do que imaginamos poder acompanhar. Assim, a Corte conta com a contínua participação dos que aqui assomam com esta audiência pública, para que sempre que ocorram inovações, possa a Corte, inclusive com a figura dos *amici curiae*, a elas se ajustar. O diálogo, mais do que uma palavra em voga, é uma necessidade e marca a metodologia concebida para esta audiência em conjunto com a Ministra Rosa Weber. Se o diálogo é o parâmetro para avaliar o sucesso da audiência, da parte dos Ministros, foi ele plenamente atendido. Logo ao início deste trabalho, a Ministra Rosa Weber havia assinalado que o objetivo desta audiência era ouvir os expositores sobre os diversos aspectos que impactam entre outros universos a análise do que poderia se chamar de custo-benefício que se apresenta na disputa entre direitos invocados nesses casos. Os esclarecimentos apresentados, quer pela qualificação dos expositores, quer por sua representatividade, enriqueceram o debate e vão auxiliar a todos os ministros da Corte a buscar a melhor solução possível para um problema que, como se viu, é bastante complexo a suscitar articulações entre liberdade, direitos fundamentais, privacidade e justas trocas em uma sociedade aberta. Afirma-se que, para cada problema complexo, existe uma solução simples e errada. O grande mérito desta audiência é demonstrar que não há solução fácil. Essa conclusão não desanima a Corte: a complexidade, como bem o sabe a Ministra Rosa, tem sido a tônica não só do seu trabalho, mas o cotidiano de toda a nossa sociedade. Para arrostar essa complexidade, o trabalho deve ser, por isso mesmo, dialógico e em conjunto. Se a solução não é simples, a presença dos expositores e audiência nos dois dias acompanhando o curso do trabalho é que o garante que este Tribunal encontrará decisão que seja participativa, e espera-se, seja a correta e mais justa. Por isso e por tudo o mais, agradece e encerra a audiência pública.

ANEXOS

ANEXO 1 - NOTÍCIAS STF

Notícias STF³⁸⁵

Quinta-feira, 03 de novembro de 2016

Ministro Fachin convoca audiência pública para debater bloqueios judiciais do WhatsApp

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), convocou audiência pública, em data ainda a ser definida, para discutir o bloqueio do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil. A questão chegou ao STF por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 403) ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS). A ação questiona a constitucionalidade dos bloqueios judiciais do aplicativo.

O PPS alega que a suspensão dos serviços viola o preceito fundamental da liberdade de expressão e comunicação, previsto no artigo 5.º, inciso IX, da Constituição Federal e também na Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

A ação foi ajuizada em julho deste ano para questionar decisão do juiz da Vara Criminal de Lagarto (SE) que bloqueou o aplicativo. Em 19 de julho, o partido reiterou o pedido de liminar na ADPF, dessa vez contra decisão do juiz da 2.ª Vara Criminal de Duque de Caxias (RJ).

Como o pedido chegou ao STF durante o recesso forense, a liminar foi concedida pelo então presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski. Agora, para instruir o julgamento da ação, o ministro Edson Fachin (relator) decidiu convocar a audiência pública. "Em face do relevante interesse público da controvérsia tratada nos autos, facultei às partes, aos *amici curiae* e aos demais interessados a manifestação acerca da utilidade e necessidade de realização de audiência pública no âmbito desse Tribunal", disse Fachin.

³⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Fachin convoca audiência pública para debater bloqueios judiciais do WhatsApp. **Notícia dos STF**, 03 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328600>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

Assim, entidades governamentais, não governamentais, especialistas na matéria e representantes da sociedade civil interessados na audiência devem solicitar participação pelo endereço eletrônico adpf403@stf.jus.br, até o dia 25 de novembro de 2016.

Ao convocar a audiência, o ministro elaborou quatro questões que deverão ser respondidas por aqueles que forem habilitados para participar. Tais questões tratam desde como funciona o sistema de criptografia ponta a ponta utilizado pelo WhatsApp, até as formas de interceptar, desabilitar ou utilizar essa criptografia em outras plataformas.

A solicitação de participação deverá conter a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso; a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até duas páginas; e o sumário das posições a serem defendidas na audiência pública.

Os participantes serão selecionados, entre outros, pelos seguintes critérios: representatividade, especialização técnica e expertise do expositor ou da entidade interessada e garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos.

- Leia a íntegra da decisão de convocação de audiência sobre a ADPF 403.

AR/CR

Leia mais:

19/07/2016 - Presidente do STF determina restabelecimento imediato dos serviços do WhatsApp

Processos relacionados

ADPF 403

ANEXO 2 - DECISÃO DE CONVOCAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA³⁸⁶

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 403 SERGIPE

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS
ADV.(A/S): AFONSO CÓDOLO BELICE
INTDO.(A/S): JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE LAGARTO
ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.: INSTITUTO BETA PARA DEMOCRACIA E INTERNET - IBIDEM
ADV.(A/S): THIAGO LUIS SANTOS SOMBRA
AM. CURIAE.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - ASSESPRO NACIONAL
ADV.(A/S): MARCELO MONTALVÃO MACHADO
AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE - ITS
ADV.(A/S): RONALDO LEMOS DA SILVA JUNIOR E OUTRO(A/S)

DECISÃO DE CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA DISCUTIR O BLOQUEIO DO APLICATIVO WHATSAPP POR DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS em face de decisão do Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Marcel Maia Montalvão, lavrada em processo criminal que tramita em segredo de justiça, a qual determinou a suspensão do aplicativo de comunicação *WhatsApp* em todo o Brasil.

O PPS informa que o Tribunal de Justiça de Sergipe emitiu a seguinte nota pública, disponível no site daquela Corte (eDOC 1, p.2):

“O Juiz da Vara Criminal de Lagarto, Marcel Maia Montalvão, determinou, nesta segunda-feira, 02.05, nos autos do Processo n.º 201655000183, que tramita em segredo de Justiça, a suspensão de 72 horas dos serviços do aplicativo WhatsApp, em todo território nacional. Segundo a decisão, as operadoras devem efetivar a suspensão imediatamente após a intimação.

³⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão de convocação de audiência pública para discutir o bloqueio do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf403.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

O magistrado atendeu a uma medida cautelar ingressada pela Polícia Federal, com parecer favorável do Ministério Público, em virtude do não atendimento, mesmo após o pedido de prisão do representante do Facebook no Brasil, da determinação judicial de quebra do sigilo das mensagens do aplicativo para fins de investigação criminal sobre crime organizado de tráfico de drogas, na cidade de Lagarto/SE.

O Juiz informou ainda, que a medida cautelar está baseada nos arts. 11, 12, 13 e 15, caput, parágrafo 4.º, da Lei do Marco Civil da Internet.”

Sustenta que o ato impugnado viola o preceito fundamental da liberdade de comunicação, previsto no art. 5.º, IX, da Constituição da República.

Defende o cabimento da ADPF e o preenchimento do critério da subsidiariedade por inexistir, em sua compreensão, outro meio eficaz de sanar a lesividade ao preceito fundamental da Constituição perante a jurisdição constitucional. Nesse sentido, alega que o Supremo Tribunal Federal já teria admitido a utilização de ADPF contra decisões judiciais que ferissem direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Após trazer informações quanto à utilização e popularidade do mencionado aplicativo no Brasil, o PPS sustenta que [...] *é um meio deveras democrático para o cidadão brasileiro se comunicar. Quiçá, o mais democrático, graças à sua plataforma gratuita, simples e interativa.* de modo que a sua suspensão, com base em *controverso fundamento* viola o direito à comunicação (eDOC 1, p. 4).

Faz referência a outros casos em que teria sido determinada a suspensão das atividades do aplicativo em todo o Brasil, bem como a episódio onde um executivo da empresa *Facebook*, proprietária do aplicativo *WhatsApp* teria tido a sua prisão determinada pelo mesmo magistrado – Dr. Marcel Maia Montalvão – diante da não apresentação do conteúdo de mensagens trocadas pelo aplicativo por investigados por tráfico de drogas e crime organizado.

Requer a concessão de medida liminar *ad referendum* para suspensão imediata da decisão impugnada que bloqueou o aplicativo de comunicação *WhatsApp* por 72 (setenta e duas) horas.

No mérito requer o reconhecimento da existência de violação ao preceito fundamental da comunicação (art. 5.º, IX), *com a finalidade de não mais haver suspensão do aplicativo de mensagens WhatsApp por qualquer decisão judicial.*

Foi encaminhada, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, cópia de decisão daquela Corte que deferiu, em sede de mandado de segurança, o pedido de

reconsideração da liminar e determinou a suspensão do bloqueio do aplicativo (eDOC 10).

Nas razões da referida decisão, o Desembargador relator aponta a ocorrência de *“caos social em todo território”*, alega que *“não há condições, pelo menos por enquanto, que as informações poderiam ser fornecidas pelo Whatsapp ou que estas poder ser descriptadas para servir à Justiça”* e ressalta a necessidade de uma decisão definitiva do STF sobre o tema (eDOC 10, p. 6).

Resguardando para posterior análise juízo pormenorizado sobre os pressupostos de cabimento da ADPF, determinei a solicitação de informações ao juízo prolator da decisão impugnada, bem como determinei a ouvida do Procuradoria-Geral da República e facultei possibilidade de manifestação ao partido requerente (eDOC 12).

O Requerente apresentou petição afirmando que a suspensão da decisão impugnada evidencia a plausibilidade da presente ADPF e requerendo o seu regular prosseguimento, nos termos do pedido definitivo dantes formulado (eDOC 13).

A PGR defendeu a extinção da presente arguição sem resolução de mérito em virtude: i) de prejuízo, por conta da suspensão da decisão que determinou o bloqueio do aplicativo, que não mais subsiste; ii) da inépcia da petição inicial, porquanto o Partido requerente não teria indicado ato do poder público lesivo a preceito fundamental e; iii) da ausência de impugnação da integralidade do arcabouço normativo pertinente ao objeto da arguição (eDOC 20).

Veio aos autos a integralidade da decisão impugnada (eDOC 23).

Regularmente intimado, o Juízo prolator da decisão impugnada prestou informações nas quais aduz que a Autoridade de Polícia Federal, em sede de representação cautelar criminal, requereu o bloqueio do aplicativo *WhatsApp* em virtude dos reiterados descumprimentos de ordens emanadas do referido Juízo. Após parecer favorável do Ministério Público Estadual, o magistrado informa que deferiu o requerimento de bloqueio do aplicativo, ressaltando tratar-se de tráfico interestadual de drogas (eDOC 33).

O Partido Popular Socialista peticionou nos autos (eDOC 34) informando acerca de ordem judicial da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, que determinou nova suspensão do serviço do aplicativo *WhatsApp*, e requerendo a imediata suspensão da referida decisão, nos termos do art. 5.^o, §1.^o, da Lei 9.882/99.

O então Presidente deste Tribunal, Min. Ricardo Lewandowski, com base no disposto no inciso VII, do art. 13, do RISTF, bem como no poder geral de cautela, deferiu a medida liminar e determinou a suspensão da decisão proferida pelo Juízo da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, restabelecendo o serviço de mensagens do aplicativo *WhatsApp*.

Na oportunidade, o Min. Ricardo Lewandowski, reportando-se ao Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14), assentou que

a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa. (eDOC 44, p.6).

Por fim, concluiu:

[...] não se ingressa aqui na discussão sobre a obrigatoriedade de a empresa responsável pelo serviço revelar o conteúdo das mensagens, conforme determinado pelo Juízo da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ e supostamente descumprido pelo WhatsApp, eis que isso constitui matéria de alta complexidade técnica, a ser resolvida no julgamento do mérito da própria ação. Assim, nessa análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si. (eDOC 44, p.7)

Diante do provimento da medida liminar, solicitei informações ao Juízo, ao Ministério da Justiça e Cidadania, ao Departamento de Polícia Federal e à Empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. e determinei a abertura de vista à PGR para a colheita de parecer sobre o mérito da presente arguição (eDOC 52).

O juízo da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ informou que a determinação do bloqueio do aplicativo *WhatsApp* decorreu da recalcitrância empresa *Facebook*, proprietária do aplicativo, em descumprir a ordem judicial de quebra do sigilo e interceptação telemática de terminais envolvidos em procedimento investigatório sigiloso (eDOC 67).

Nesse sentido, defende a imposição da medida de suspensão do aplicativo, bem como da multa imposta, sustentando a inexistência de ofensa ao direito de

comunicação em virtude da disponibilidade de aplicativos equivalentes e de outras formas de comunicação existentes.

Informa, por fim, que a decisão impugnada incidentalmente foi suspensa pela Egrégia 4.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, única instância recorrida pelas partes interessadas, e pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, não tendo havido qualquer outra medida a respeito da matéria por parte do Juízo.

O Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., em sua manifestação (eDOC 69), asseverou, em síntese: i) que coopera com as autoridades brasileiras, respondendo aos requerimentos solicitados no limite de sua capacidade material; ii) que não exerce qualquer poder de acesso ou controle sobre o aplicativo *WhatsApp*, que está sob ingerência de pessoa jurídica independente e que possui representação própria, razão pela qual o Facebook é materialmente incapaz de cumprir decisões referente a dados do aplicativo em questão e; iii) que diferentes esferas do Poder Judiciário vêm reconhecendo a ilegalidade da realização, em contas da titularidade do Facebook Brasil, de bloqueios de valores decorrentes de multa por alegado descumprimento de decisão judicial

O Departamento de Polícia Federal informou que a decisão objeto da presente arguição foi proferida em investigação desenvolvida pela Polícia Federal do Estado de Sergipe e teve por objetivo contribuir para a desarticulação de organização criminosa responsável pelo tráfico de drogas em diversos Estados da Federação (eDOC 99).

Prossegue defendendo a regularidade da medida de bloqueio do aplicativo em questão sustentando a inexistência de ofensa a preceito fundamental. Afirma que *“considerando a obrigatoriedade do cumprimento da Lei brasileira, até mesmo para atividades realizadas por pessoas jurídicas sediadas no exterior, em virtude de serviço oferecido ao público brasileiro nos termos do art. 11, §2.º, da Lei n.º 12.965/2014, devem as autoridades públicas compelir a empresa que explora atividade econômica no Brasil e respeitar o ordenamento jurídico pátrio e colaborar com o monitoramento telemático de investigados.”* (eDOC 99, p. 2).

O Ministério da Justiça e Cidadania aponta o prejuízo do primeiro pedido e a inépcia da petição inicial, na mesma linha do que suscitado anteriormente pela PGR

(eDOC 102). No mérito, discorre acerca do preceito fundamental tido por violado, justificando a correção da decisão impugnada com base no princípio da proporcionalidade. Assevera que *“Não obstante o ordenamento jurídico proteja a livre manifestação do pensamento e da comunicação, o mesmo ordenamento jurídico garante ao Poder Público a prerrogativa de fazer prevalecer a ordem, afastando e coibindo, dentro do plano da legalidade, eventuais desestímulos à paz social, na esteira do devido processo legal.”* (eDOC 102, p. 29).

Foram admitidos como *amici curiae* na presente ADPF o Instituto Beta para Democracia e Internet – IBIDEM (eDOC 53), a Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO NACIONAL (eDOC 103) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS (eDOC 121).

Em face do relevante interesse público da controvérsia tratada nos autos, facultei às partes, aos *amici curiae* e aos demais interessados a manifestação acerca da utilidade e necessidade de realização de audiência pública no âmbito desse Tribunal (eDOC 104).

O Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, comitê multissetorial composto por membros do governo, do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade científica e tecnológica, manifestou-se favoravelmente à realização de audiência pública (eDOC 111).

Do mesmo modo, o Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS (eDOC 105), a Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional (eDOC 114) e o Instituto Beta para a Democracia e Internet – IBIDEM (eDOC 116), todos *amici curiae*, posicionaram-se pela realização de eventual audiência pública

A PGR, por sua vez, manifestou-se contrariamente à realização de audiência pública (eDOC 143). Alega o possível prejuízo da APDF em virtude da não impugnação da integralidade do complexo normativo pertinente ao tema (arts. 10, §2.º e 12, III do Marco Civil da Internet – Lei 12.965/14) e aponta, nesse sentido, que tais dispositivos são objeto da ADI 5.527/DF, de relatoria da Min. Rosa Weber, concluindo pela pertinência de realização de audiência pública no âmbito da ADI 5.527 em virtude da viabilidade de seu conhecimento.

A presente ADPF 403 traz, entre outras, discussões como (i) a possibilidade técnica ou não de interceptação de conversas realizadas por meio do aplicativo *WhatsApp*; (ii) a possibilidade ou não de suspensão temporária das atividades do aplicativo *WhatsApp*; (iii) a possibilidade ou não de colaboração do *WhatsApp* com as requisições judiciais baseadas no art. 5.º, XII CRFB, Lei 9.296/1996 e na Lei 12.965/2014. Tais questões extrapolam os limites estritamente jurídicos e exigem conhecimento transdisciplinar a respeito do tema.

Diante disso, é recomendável a convocação de Audiência Pública para que sejam ouvidos pormenorizadamente *WhatsApp* e, conseqüentemente, o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., órgãos de investigação como a Polícia Federal ou o Ministério Público Federal, as entidades já admitidas como *amici curiae*, bem como especialistas com reconhecido conhecimento sobre o tema. Dessa forma, pretende-se a abertura de um espaço que promova, por meio de um diálogo aberto e plural, esclarecimentos técnicos, outros olhares e pontos de vista sobre a questão, para que se possam colher mais subsídios para o deslinde da controvérsia ora posta.

Os interessados deverão manifestar seu desejo de participar da audiência pública pelo endereço eletrônico adpf403@stf.jus.br até o dia 25 de novembro de 2016.

A solicitação de participação deverá conter (i) a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso, (ii) a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até duas páginas, e (iii) o sumário das posições a serem defendidas na audiência pública.

Os participantes serão selecionados, entre outros, pelos seguintes critérios: (i) representatividade, especialização técnica e expertise do expositor ou da entidade interessada e (ii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos.

A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública será divulgada no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente a isso, será divulgada a data e metodologia de realização da audiência pública.

Assento que, aqueles que forem habilitados a participar da referida audiência pública deverão, como pré-requisito para sua atuação, trazer respostas a perguntas por ora preambulares abaixo elencadas, à luz da área específica de competência, sem prejuízo das demais contribuições que queiram trazer ao debate.

1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (*end to end*) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o *WhatsApp*?

2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo *WhatsApp* ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (*end to end*)?

3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (*end to end*) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?

4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo *WhatsApp* não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/*smartphones*), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do *WhatsApp* mediante o *WhatsApp Web/Desktop*), ainda que a criptografia ponta a ponta (*end to end*) esteja habilitada, seria possível “espelhar” as conversas travas no aplicativo para outro celular/*smartphone* ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em face de um usuário específico?

Expeçam-se convites à(s) parte(s), aos *amici curiae*, e ainda ao Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., ao Ministério da Justiça e Cidadania e ao Departamento de Polícia Federal, órgão que integra a estrutura básica desse Ministério, nos termos do art. 29, XIV, da Lei n.º 10.683/2003, com a redação dada pela MP n.º 728/2016, à Procuradoria Geral da República.

Solicite-se a divulgação, no sítio deste Supremo Tribunal Federal e por meio da assessoria de imprensa da Corte, da abertura de prazo para o requerimento de participação na audiência pública.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 27 de outubro de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

ANEXO 3 - NOTÍCIAS STF

NOTÍCIAS DO STF³⁸⁷

Sexta-feira, 02 de junho de 2017

STF inicia audiência pública que discute bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, e os ministros Rosa Weber e Edson Fachin abriram nesta sexta-feira (2) audiência pública convocada para discutir dispositivos do Marco Civil da Internet e a possibilidade de decisões judiciais impedirem o funcionamento do aplicativo WhatsApp. A presidente do Supremo apontou a especificidade do tema e o fato de ele trazer um conhecimento muito novo. "Por isso mesmo, desperta até uma atenção maior. Diz respeito com o direito de informar, os limites da atuação do juiz e a própria situação de novas formas de atuar na vida digital."

Cármen Lúcia ressaltou que a audiência permitirá ao STF "aportar os dados mais importantes para a elucidação dos temas". Ela acrescentou que esse "mecanismo democrático inaugurado pelo STF" hoje é exemplo para outros países e despertou, inclusive, o interesse dos juízes que participam do XXIII Encontro de Presidentes e Juízes de Tribunais Constitucionais da América Latina, que também ocorre no STF.

Os temas objetivo da audiência pública são tratados na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, cuja relatora é a ministra Rosa Weber, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, relatada pelo ministro Edson Fachin. Nesta manhã, a ministra Rosa Weber afirmou que íntima relação entre a matéria discutida nos processos levou os dois ministros a convocar a audiência pública conjunta, fato inédito até então.

"A ADI sob a minha relatoria tem como objeto três dispositivos da Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que veio a colocar o Estado brasileiro em

³⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia audiência pública que discute bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet. **Notícias do STF**, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345369>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

posição de vanguarda no tocante à proteção dos direitos e à previsão dos deveres dos usuários da rede mundial de computadores", disse. Ela acrescentou que a possibilidade de decisões judiciais impedirem o funcionamento do aplicativo WhatsApp são objeto, mais especificamente, da ADPF 403.

"Não preciso enfatizar que os temas tratados nesses processos, que envolvem questões de extrema complexidade e de caráter multidisciplinar, dizem respeito a valores fundantes da ordem jurídica brasileira e revestem-se de inegável relevância para a consolidação do nosso Estado democrático de direito."

O ministro Edson Fachin afirmou que a reunião é um "ato de trabalho de caráter técnico e processual", um momento de "diálogo" que principia por ouvir os expositores. Ele acrescentou que, ao longo dos dois dias de audiência, será aberto um "espaço dialogal", um "ambiente aberto e republicano", quando os expositores poderão questionar uns aos outros.

A audiência ocorre na Sala de Sessões da Primeira Turma, localizada no Anexo II-B, 3.º andar do STF, e os debates são transmitidos ao vivo e com sinal aberto pela TV Justiça, Rádio Justiça e pelo canal do STF no YouTube.

Confira, abaixo, o cronograma dos dois dias de exposições na audiência pública:

Sexta-feira (2)

8h: Credenciamento dos participantes.

8h45: Abertura dos trabalhos.

9h10: Departamento de Polícia Federal (Expositores: Felipe Alcântara de Barros Leal; Ivo de Carvalho Peixinho, Marco Aurélio de Macedo Coelho).

9h30: WhatsApp Inc. (Expositores: Brian Acton e Rick Reed).

9h50: Membros do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República (Expositores: Fernanda Teixeira Souza Domingos, Guilherme Gopfert, Neide Mara C. Cardoso de Oliveira, Vladimir Barros Aras).

10h10: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Expositor: Bruno Magrani).

10h30: Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (Expositor: Demi Getschko).

10h50: Professor Anderson Nascimento (University of Washington-Tacoma).

11h10: Espaço dialogal.

14h: Reabertura dos trabalhos.

14h10: Professor Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp).

14h30: Professor Marcos Antônio Simplicio Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP).

14h50: Insper (Expositor: Renato Muller da Silva Opice Blum)

15h10: Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional (Expositor: Fábio Wladimir Monteiro Maia).

15h30: Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia (Expositor: Dennys Marcelo Antonialli).

15h50: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio – (Expositor: Ronaldo Lemos da Silva Júnior).

16h10: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Expositores: Maximiliano Salvadori Martinhão e Miriam Wimmer).

16h30: Espaço dialogal e encerramento do primeiro dia.

Segunda-feira (5)

8h: Credenciamento dos participantes.

9h: Abertura dos Trabalhos.

9h10: Federação Brasileira de Telecomunicações – Febratel (Expositores: Eduardo Levy Cardoso Moreira e Volnys Bernal).

9h30: Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília – UnB (Expositor: Marcelo Amarante Ferreira Gomes e Thiago Guimarães Moraes).

9h50: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Expositores: Alberto Pavie Ribeiro).

10h10: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Expositores: Alexandre Rodrigues Atheniense e Claudia Lima Marques).

10h20: Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio (Expositor: Pablo de Camargo Cerdeira). 10h50: Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD (Expositor: Alexandre Melo Braga).

11h10: Instituto dos Advogados de São Paulo (Expositor: Thiago Rodovalho).

11h30: Espaço dialogal.

14h: Reabertura dos trabalhos

14h10: Instituto Beta para Democracia na Internet – Ibidem (Expositor: Paulo Rena da Silva Santarem).

14h30: Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP (Expositor: Juliano Souza de Albuquerque Maranhão).

14h50: Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP (Expositor: Nelson Posse Lago).

15h10: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (Expositor: Rafael Augusto Ferreira Zanatta).

16h30: Espaço dialogal e encerramento.